ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

ДРЕВНЯГО РИМА

ЛЕКЦІИ

Сергѣя Муромцева,

профессора Московскаго Университета

МОСКВА

Типографія А. И. Мамонтова и К°, Леонтьевскій пер., № 5

1883

ПАМЯТИ

ПРОФЕССОРА

НИКИТЫ ИВАНОВИЧА КРЫЛОВА

ПОСВЯЩАЕТСЯ ЭТОТЪ ТРУДЪ.

Предисловіе.

Издавая въ свѣтъ настоящій трудъ свой, я полагаю, что появленіе его въ печати оправдывается достаточно отсутствіемъ въ русской литературѣ книги, которая излагала бы гражданское право древняго Рима по преимуществу съ точки зрѣнія его историческаго развитія и притомъ — въ объемѣ, необходимомъ въ интересахъ слушателей нашихъ юридическихъ факультетовъ. Въ то время, какъ въ самой Германіи, съ устраненіемъ непосредственнаго практическаго дѣйствія римскаго права, начинаютъ сознавать, что отдѣльное догматическое изученіе его потеряло свою прежнюю цѣну *), — въ Россіи, гдѣ это право никогда не служило какъ дѣйствующее законодательство, было бы неосновательно поддерживать „догму" его. „Догма" имѣетъ значеніе только по отношенію къ праву дѣйствующему и потому „догмѣ" римскаго права мало условій для самостоятельнаго развитія въ русскихъ университетахъ.—Опираясь на свой собственный опытъ, я рѣшаюсь утверждать, что *историческое* изложеніе римскаго *гражданскаго* права, способно охватить, говоря вообще, весь тотъ фактическій матеріалъ, который русскій профес-

---

*) „Чѣмъ болѣе народнымъ (volksthümlich) становится правосудіе (Rechtssprechung und Gerichtswesen), тѣмъ болѣе основаній представляется для того, чтобы разстаться съ прежнимъ способомъ преподаванія, и для того, чтобы стремиться къ устраненію раздѣленія, существующаго въ юридическихъ школахъ между современнымъ римскимъ и нѣмецкимъ правомъ"; см. Stölzel, Die Entwicklung des gelehrten Richterthums, I, 1872, стр. 617.

соръ римскаго права долженъ передать своимъ слушателямъ, и такой результатъ имѣетъ неоцѣнимое преимущество уже потому, что устраняетъ то совпаденіе курсовъ по содержанію, которое бываетъ неизбѣжно— какъ скоро профессоръ римскаго права излагаетъ съ своей каѳедры „пандекты", а профессоръ русскаго гражданскаго права, обыкновенно читающій вслѣдъ за первымъ, принужденъ, подъ видомъ общихъ положеній гражданскаго права, повторять добрую часть тѣхъ же „пандектъ". Если настоящая книга покажется далеко не исчерпывающею весь предметъ, то пусть отнесутъ это къ неполнотѣ самой книги, но не къ невозможности достигнуть вышеуказанной цѣли путемъ историческаго изложенія. Интересъ этого послѣдняго требуетъ, чтобы дѣйствительное гражданское право Рима было ясно отдѣлено отъ той переработки его (въ видѣ созданія новыхъ институтовъ, образованія тѣхъ или другихъ пріемовъ литературной разработки и судебнаго толкованія, наконецъ—въ видѣ формулированія разнообразныхъ „воззрѣній" и „теорій"), которая составляла продуктъ позднѣйшей, не-римской юриспруденціи. Лекціи, которыя я издаю теперь, были посвящены только гражданскому праву, дѣйствительно существовавшему въ древнемъ Римѣ. Пусть, сохраняя тотъ же историческій характеръ изложенія, въ другомъ курсѣ представятъ постепенный ходъ практической и ученой переработки первоначальнаго римскаго права, пусть, не ограничиваясь одной общей характеристикой школъ и писателей, изложатъ ихъ главныя ученія и воззрѣнія и приведутъ ихъ въ генетическую связь между собою и къ окружающимъ условіямъ ихъ возникновенія,—и тогда изъ числа „общихъ понятій" гражданскаго права врядъ-ли останется что-либо существенное и что, въ крайнемъ случаѣ, не могло бы быть приведено профессоромъ русскаго гражданскаго права въ подходящемъ мѣстѣ его курса.—Историческое изложеніе римскаго права представляетъ даже особую *прак-*

тическую цѣну. Только при такомъ изложеніи обнаруживается, въ какой огромной степени прогрессъ гражданскаго права и его высокое состояніе могутъ зависѣть отъ широкаго развитія суда по совѣсти или по убѣжденію (суда присяжныхъ),—результатъ, очень поучительный для всѣхъ тѣхъ странъ, которыя не выяснили еще окончательно своихъ задачъ по отношенію къ гражданскому правосудію. — Возвращаясь теперь къ своимъ лекціямъ, нынѣ издаваемымъ, я считаю нужнымъ отмѣтить еще, что въ нихъ я не задавался цѣлью изложить исторію *всѣхъ* институтовъ и со всѣми подробностями. Моя задача состояла только въ томъ, чтобы оттѣнить своимъ слушателямъ главныя теченія сказанной исторіи, и мнѣ думалось, что ея выполненіе подготовитъ слушателей вполнѣ къ дальнѣйшему изученію нашего предмета, какъ бы они сами ни смотрѣли на свои цѣли и какими бы взглядами въ концѣ концовъ ни руководился въ этомъ отношеніи каждый другой преподаватель.

Цитаты изъ источниковъ и литературныя указанія, которыя сдѣланы въ этой книгѣ, имѣютъ въ виду исключительно интересы начинающаго *). Цитаты изъ источниковъ должны научить его первому обращенію съ главнѣйшими источниками. Точно такъ же литературныя ссылки ограничены ссылками на самыя главныя пособія и назначены только для того, чтобы облегчить начинающему первый шагъ въ дѣлѣ самостоятельнаго изученія литературы предмета; обратившись сначала къ сочиненіямъ, которыя обозначены въ этой книгѣ, читатель легко найдетъ при ихъ помощи и всѣ остальныя указанія, которыя могутъ понадобиться ему для подробнаго ознакомленія со всѣмъ разнообразіемъ ученыхъ мнѣній и изслѣдованій.

---

*) Впрочемъ я долженъ оговориться, кого именно я понимаю подъ начинающими. Настоящій курсъ былъ читанъ студентамъ, которые уже раньше выслушали курсъ «Исторіи римскаго права» и получили нѣкоторое знакомство съ комментаріемъ Гая.

Мой первый ученый трудъ: *О консерватизмѣ римской юриспруденціи* (М. 1875) давно уже разошелся въ продажѣ. Пересмотрѣвъ его нынѣ, я счелъ за наиболѣе цѣлесообразное, не издавая его вновь отдѣльнымъ изданіемъ, ввести въ содержаніе настоящей книги то, что изъ состава сказаннаго сочиненія (цѣликомъ относившагося къ римскому праву) заслуживало воспроизведенія въ видѣ первоначальномъ или исправленномъ. Таково въ этой книгѣ происхожденіе слѣдующихъ параграфовъ: §§ 23, 44, 70, 80, 81, 116, 144, 147—149, 155—157, 159—168.

Такое изложеніе римскаго гражданскаго права, которымъ оттѣнялось бы особенно его историческое развитіе, на каѳедрѣ этого предмета въ Московскомъ университетѣ, не составляетъ особаго нововведенія; авторъ настоящаго труда исполнилъ только должное, посвятивъ его памяти человѣка, дѣло котораго онъ былъ призванъ продолжать.

Сергѣй Муромцевъ.

С. Лазавка.
23 іюня
1883 г.

Оглавленіе.

Цифры въ скобкахъ означаютъ страницы книги

Стр.

Стр.

Стр.

Стр.

Стр.

Стр

Стр.

Стр.

*

Стр.

Вступленіе.

I. Главные источники.

Гражданское право древняго Рима извѣстно намъ изъ литературныхъ и иныхъ (бронзовыя, восковыя доски, надписи) памятниковъ, которые сохранились отъ древности до нашего времени отчасти въ оригиналахъ, по большей же части — въ копіяхъ. Первостепеннымъ значеніемъ обладаютъ слѣдующіе памятники:

1. *Законы XII таблицъ* (leges duodecim tabularum). Эти знаменитые законы древности были составлены въ 303 и 304 гг. по римскому лѣтосчисленію (отъ основанія города Рима). Они были начертаны на бронзовыхъ доскахъ, которыя, по преданію, погибли во время галльскаго пожара; послѣ того законы были возстановлены, но до насъ не дошли ни доски, на которыхъ могли быть вновь начертаны законы, ни полное изложеніе ихъ текста. О содержаніи законовъ XII таблицъ мы знаемъ только по свидѣтельствамъ объ этомъ предметѣ различныхъ, извѣстныхъ намъ, авторовъ древности. У нихъ мы находимъ отчасти дословную передачу нѣкоторыхъ постановленій,—нерѣдко только отдѣльныхъ словъ, отчасти же *свободный пересказъ* постановленій, при чемъ не всегда эти послѣднія излагаются съ достаточною подробностью. Иногда изъ такого пересказа мы можемъ заключить только, что объ извѣстномъ предметѣ въ законахъ XII таблицъ было нѣчто постановлено, но что̀ именно — остается неяснымъ. Сочиненія Гая, Феста, Цицерона,

Геллія, Ульпіана, Павла, Помпонія, Плинія, Варрона, Макробія и нѣкот. друг. открываютъ намъ знакомство съ законами XII таблицъ. Попытки возстановить ихъ текстъ и содержаніе начались въ XVI столѣтіи. Первую изъ нихъ сдѣлалъ итальянскій юристъ Alexander ab Alexandro, писавшій въ началѣ двадцатыхъ годовъ этого столѣтія (1522). Далѣе заслуживаютъ особаго упоминанія работы французовъ Балдуина (1550) и Контія (1572). Пріемы, употребленные французами Куяціемъ и Питу, писавшими во второй половинѣ XVI вѣка, имѣли особое вліяніе на послѣдующихъ изслѣдователей. Куяцій занимался фрагментами 12 таблицъ въ различныхъ своихъ сочиненіяхъ; Питу посвятилъ ихъ изученію особый трудъ (1586 г.). Наибольшій авторитетъ пріобрѣлъ Яковъ Готофредъ (1616); ему слѣдовала вся дальнѣйшая литература вплоть до настоящаго столѣтія. Я. Готофредъ искусно отдѣлилъ въ предполагаемомъ текстѣ XII таблицъ истинное отъ ложнаго и намѣтилъ систему, по которой онѣ были составлены. Въ настоящее время значеніе труда Я. Готофреда умалилось предъ трудомъ Дирксена: *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente* 1824. Въ этомъ сочиненіи приведены подробныя свѣдѣнія о прежнихъ писателяхъ по настоящему предмету, которыхъ Дирксенъ насчитываетъ отъ Александра до Готофреда болѣе пятидесяти. Самъ Дирксенъ основательно пересмотрѣлъ все оставшееся намъ отъ славнаго законодательнаго памятника древности и разработалъ систему, намѣченную Готофредомъ. Хотя въ своихъ подробностяхъ система Дирксена не представляется достовѣрною, но за невозможностью, по недостатку данныхъ, сдѣлать въ этомъ случаѣ что-либо бо̀льшее, она принята безъ измѣненій позднѣйшими изслѣдователями и издателями законовъ XII таблицъ. Недостатокъ филологической критики, свойственный труду Дирксена, пополнилъ Рудольфъ Шёлль (Schoell) въ своемъ сочиненіи: *Leges XII tabularum reliquiae*, 1866; онъ окончательно установилъ текстъ памятника. Лучшее изданіе XII таблицъ для школьнаго употребленія принадлежитъ Брунсу въ его *Fontes iuris romani antiqui*. 1879.

Законы XII таблицъ, въ томъ видѣ, какъ они возстановлены, составляютъ важнѣйшій источникъ для знакомства съ древ-

нѣйшимъ гражданскимъ правомъ Рима. Болѣе ранніе, такъ-называемые «царскіе законы» (leges regiae, см. въ томъ же изданіи Брунса; послѣднее изслѣдованіе принадлежитъ *Voigt'*у: *Ueber die leges regiae*, 1876) не даютъ почти никакихъ свѣдѣній о гражданскомъ правѣ, кромѣ сомнительнаго извѣстія объ изданіи царемъ Сервіемъ Тулліемъ 50 постановленій о контрактахъ. У историковъ (Титъ Ливій, Діонисій и др.) мы находимъ только нѣкоторыя общія указанія на древнѣйшее состояніе права и правосудія, на развитіе общественной собственности (ager publicus) и долговыхъ отношеній. Напротивъ отъ законовъ XII таблицъ мы имѣемъ въ концѣ концовъ болѣе 100 постановленій, изъ которыхъ значительнѣйшая часть относится къ гражданскому праву. Эти постановленія передаютъ намъ право начала IV столѣтія, по римскому лѣтосчисленію. Они передаютъ намъ вмѣстѣ съ тѣмъ и право того времени, которое непосредственно предшествовало четвертому столѣтію, потому что законодательство децемвировъ, подобно всѣмъ древнѣйшимъ законодательствамъ, не столько вводило новое, сколько подтверждало старое. Наконецъ въ постановленіяхъ XII таблицъ сохранилось не мало такого, что́ уже во время ихъ изданія было, несомнѣнно, переживаніями. Эти переживанія проливаютъ свѣтъ на гражданское право наиболѣе отдаленной древности.

2. *Прочіе законодательные памятники республиканскаго періода и первыхъ временъ имперіи*, изданные послѣ XII таблицъ. Сюда относятся различные законы въ строгомъ смыслѣ этого слова (leges), сенатусконсульты (senatusconsulta), эдикты преторовъ и другихъ магистратовъ (edicta) и постановленія императоровъ (constitutiones principum). Тѣ памятники этого рода, которые сохранились въ подлинныхъ выраженіяхъ, перепечатаны Брунсомъ въ вышеуказанномъ изданіи: *Fontes iuris romani antiqui*. Очень немногіе изъ относящихся къ гражданскому праву извѣстны изъ подлинныхъ досокъ; таковы, напр., lex Rubria de Gallia Cisalpina (VIII в. осн. Рима)—на мѣдной доскѣ, которая найдена въ 1760 г. около Плаценціи и хранится нынѣ въ Пармѣ; остальные извѣстны намъ изъ различныхъ сочиненій древности. Изъ всѣхъ законодательныхъ па-

мятниковъ, текстъ которыхъ сообщаетъ Брунсъ, первое мѣсто, послѣ законовъ XII таблицъ, принадлежитъ, несомнѣнно, преторскому эдикту (edictum perpetuum praetoris). Этотъ памятникъ передаетъ намъ новое, преторское право, которое образовалось въ VI — X вѣкахъ Рима. Его текстъ извлеченъ главнымъ образомъ изъ дигестъ, по преимуществу изъ тѣхъ отдѣловъ этого послѣдняго сборника, гдѣ содержатся цитаты изъ толкованій юриста Ульпіана къ эдикту (Ulpiani libri ad edictum). Кое-что извѣстно также отъ Цицерона, Феста и друг. Попытки возстановить текстъ преторскаго эдикта начались въ XVI столѣтіи; Губертъ Гифаній (1606 г.) занялся вопросомъ о системѣ эдикта. Изъ изслѣдователей XVIII столѣтія слѣдуетъ назвать Гейнекція; въ настоящемъ столѣтіи надъ эдиктомъ работали Вейс, Гефтеръ, Лейстъ, но главная работа принадлежитъ Рудорфу: *Edicti perpetui quae reliquiae sunt*, 1869. До сихъ поръ продолжаются труды ученыхъ, которые стремятся довершить возстановленіе этого важнаго памятника (Ленель и друг.).

3. *Остатки юридическихъ сдѣлокъ* (negotia), которые сохранились на бронзовыхъ, мраморныхъ и восковыхъ дощечкахъ, а также въ стѣнныхъ надписяхъ. Всѣ они принадлежатъ ко времени послѣ Р. Х., напечатаны у Брунса въ вышеуказанномъ изданіи: *Fontes etc.*

4. *Писатели не—юристы.* Въ сочиненіяхъ историковъ, ораторовъ, философовъ, поэтовъ, комиковъ и друг. заключается множество указаній, относящихся къ гражданскому праву. Особенное значеніе среди не—юридическихъ писателей принадлежитъ комику Плавту (средина VI стол.) и Цицерону (конецъ VII в.). Кромѣ того представляютъ большой интересъ писатели, перепечатанные, въ отрывкахъ, у Брунса (*Fontes* etc). Брунсъ приводитъ: a) *Феста*, III или IV в. по Р. Х., занимавшагося толкованіемъ древне-латинскихъ словъ и сохранившаго такимъ путемъ многое изъ словъ и выраженій древнѣйшихъ законодательныхъ памятниковъ, въ особенности законовъ XII таблицъ; b) *Варрона* (638 — 727 г. u. c.), современника Цицерона; въ сочиненіи *de lingua latina* Варронъ занимается тоже толкованіемъ словъ, а въ сочиненіи *de re*

rustica онъ знакомитъ насъ съ нѣкоторыми изъ юридическихъ сдѣлокъ, обычными въ современномъ ему сельскомъ быту; с) *Нонія Марцелла*, грамматика III стол. по Р. Х.; d) *Схоліастовъ* (императорскаго времени), писавшихъ толкованія на Цицерона и другихъ, и е) *Землемѣровъ* (agrimensores): Фронтина (I стол. по Р. Х.) и Гигина.

5. *Писатели—юристы.* Сочиненіямъ римскихъ юристовъ принадлежитъ первенствующее значеніе среди источниковъ римскаго гражданскаго права. Большинство сохранившихся юридическихъ произведеній римской литературы вошло въ составъ corpus iuris (см. ниже, п. 6); остальныя собралъ Гушке въ особомъ изданіи: *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt.* Здѣсь находятся остатки болѣе, чѣмъ 50 писателей, начиная съ Тиберія Корунканія (ум. ок. 509 г. u. c.). Важнѣйшее мѣсто принадлежитъ Гаю, Ульпіану и Павлу. Ихъ труды имѣютъ теперь особое, лучшее изданіе; именно, Гай изданъ Студемундомъ вмѣстѣ съ Моммсеномъ и Крюгеромъ (1877), Ульпіанъ и Павелъ—Крюгеромъ (1878):

а) *Gai institutionum commentarii quattuor*, происхожденіемъ изъ 2 половины II вѣка по Р. Х., составляютъ главнѣйшій литературный памятникъ въ области исторіи римскаго права. Это—руководство, составленное авторомъ для своихъ учениковъ. Его рукопись, въ спискѣ V или VI столѣтія, открыта Нибуромъ въ Веронѣ въ 1816 году; до того времени трудъ Гая былъ извѣстенъ только въ отрывкахъ изъ другихъ юридическихъ памятниковъ. Первый списокъ съ рукописи былъ сдѣланъ Гёшеномъ при содѣйствіи Бетманъ-Гольвега и на этомъ спискѣ были основаны первыя печатныя изданія. Во второй разъ, при помощи усовершенствованныхъ средствъ, былъ сдѣланъ снимокъ, по порученію Берлинской академіи наукъ, Студемундомъ, въ 1866 — 68 гг. На основаніи этого снимка послѣдовали изданія: 1) въ 1874 г. апографическое, передающее рукопись въ ея подлинномъ видѣ (Студемундъ) и 2) въ 1877 г. печатанное обыкновеннымъ способомъ, для школьнаго употребленія (Студемундъ вмѣстѣ съ Моммсеномъ и Крюгеромъ) Кромѣ того появились и другія печатныя изданія.—Открытіе институцій Гая составило славную эпоху въ

лѣтописяхъ исторической науки. Гай жилъ въ то время, когда еще свѣжо было воспоминаніе о великой борьбѣ, которую, начиная съ VI вѣка и. с. римская претура повела съ старымъ (квиритскимъ) римскимъ правомъ. Потому сочиненіе Гая сохранило массу драгоцѣнныхъ указаній, какъ на это старое право, такъ въ особенности на переходный, полный преобразованій, періодъ, пережитой римлянами въ послѣдніе вѣка республиканскаго времени.

b) *Ulpiani liber singularis regularum*, составлена по системѣ институцій Гая. Она была извѣстна еще въ XVI столѣтіи, издана въ 1549 г. и служила предметомъ изслѣдованія Куяція (1576 г.), но потомъ позабыта. Савиньи открылъ этотъ памятникъ вновь въ спискѣ X столѣтія въ Ватиканской библіотекѣ.

c) *Pauli libri quinque sententiarum ad filium*. Рукописнаго списка этого труда не имѣется; онъ возстановленъ изъ отрывковъ, которыя заключаются въ другихъ памятникахъ.

Текстъ Гая, Ульпіана и Павла можно найдти еще въ изданіи Гнейста: *Institutionum et regularum iuris romani syntagma*, 1880. Это изданіе представляетъ тотъ интересъ, что въ немъ институціи Гая напечатаны паралельно съ текстомъ институцій Юстиніана; кромѣ того въ началѣ книги приведены законы XII таблицъ.

6. *Corpus iuris civilis* представляетъ собраніе четырехъ трудовъ, предпринятыхъ и исполненныхъ при императорѣ Юстиніанѣ (VI стол.) Сюда принадлежатъ: 1) *institutiones*, краткое изложеніе права времени Юстиніана, составленное по образцу Гаевыхъ институцій; 2) *digesta* seu *pandectae*, обширное собраніе болѣе 9000 большихъ и малыхъ выписокъ изъ сочиненій 38 юристовъ послѣдняго вѣка республики и императорскаго времени, начиная съ четырехъ выписокъ изъ Муція Сцеволы (консулъ въ 659 г. и. с.). Наибольшее число выписокъ сдѣлано изъ сочиненій Юліана (457), Помпонія (585), Гая (535), Папиніана (595), Ульпіана (2462), Павла (2083), Модестина (345)—юристовъ II и III вѣковъ по Р. X. Это собраніе знакомитъ насъ съ историческимъ развитіемъ права съ конца республики и впродолженіе первой половины имперіи; оно служитъ главнымъ источникомъ для изученія римскаго

права, въ его развитомъ видѣ, и римской юриспруденціи, въ ея лучшихъ представителяхъ; 3) *codex*, не менѣе обширное собраніе императорскихъ постановленій и 4) *novellae*, собраніе такихъ же постановленій, изданныхъ послѣ появленія кодекса (534 г.).

Общее названіе: corpus iuris civilis эти четыре труда получили окончательно только въ изданіи Діонисія Готофреда, въ XVI столѣтіи; съ тѣхъ поръ это названіе укрѣпилось за ними. До того времени они представлялись въ пяти отдѣльныхъ частяхъ,—раздѣленіе, неизвѣстное Юстиніану и возникшее въ средніе вѣка, вѣроятно, по случайнымъ причинамъ. Прежде другихъ тогда стали извѣстны: 1) часть дигестъ, digestum vetus, включавшая въ себѣ этотъ сборникъ отъ его начала и прерывавшаяся на 1 фрагментѣ 3 титула 24 книги, 2) первыя девять книгъ кодекса. Потомъ вошли въ обращеніе: 1) digestum novum, конецъ этого сборника, начиная отъ 82 фрагмента 2 титула 35 книги, 2) infortiatum, средняя часть дигестъ и 3) три послѣднія книги кодекса, соединенныя въ общій манускриптъ съ новеллами и институціями. Это раздѣленіе соблюдалось до Д. Готофреда и въ первыхъ печатныхъ изданіяхъ. Институціи, кодексъ и новеллы сохранились во многихъ рукописяхъ, по большей части въ спискахъ X-го и позднѣйшихъ столѣтій. Для дигестъ лучшимъ спискомъ представляется знаменитый флорентинскій списокъ (Florentinus) VII-го столѣтія. Первоначально онъ находился въ Пизѣ, назывался поэтому littera Pisana и составлялъ гордость этого города; въ 1406 г., съ покореніемъ Пизы флорентинцами, онъ былъ перенесенъ во Флоренцію. Этотъ списокъ не знаетъ вышеуказаннаго раздѣленія дигестъ на три части. Онъ былъ извѣстенъ издавна, но ходячіе списки дигестъ (vulgata) были сдѣланы не непосредственно съ него. Какъ доказалъ Моммсенъ, эти послѣдніе произошли отъ неизвѣстнаго намъ первоначальнаго общаго списка, который былъ снятъ съ флорентинской рукописи.

Лучшее изданіе corpus iuris принадлежитъ Моммсену, Крюгеру и Цахаріе. Моммсенъ издалъ дигесты, Крюгеръ—институціи и кодексъ, Цахаріе—новеллы [1]).

[1]) Болѣе подробныя (отчасти устарѣлыя) свѣдѣнія, нежели приведенныя здѣсь, о сохранившихся памятникахъ начинающіе найдутъ у Пухты

II. Главные опорные пункты.

Свидѣтельства источниковъ распредѣляются весьма неравномѣрно между различными моментами исторіи римскаго гражданскаго права. Есть періоды и эпохи въ этой исторіи, отъ которыхъ не имѣется никакихъ непосредственныхъ извѣстій, о другихъ сохранились лишь немногія свѣдѣнія. Относительно подробныя и полныя данныя сосредоточиваются только около немногихъ эпохъ. Въ этихъ случаяхъ возможно возстановить довольно полную картину общаго состоянія гражданскаго права въ данную эпоху. Свидѣтельства источниковъ, сгруппированныя въ достаточномъ количествѣ около какой-либо эпохи, составляютъ опорный пунктъ историческаго изслѣдованія. Исторія римскаго гражданскаго права представляетъ нѣсколько такихъ пунктовъ.

Если считать, вмѣстѣ съ римлянами, что Римъ былъ основанъ за семь съ половиною вѣковъ (753 г.) до начала христіанской эры, то для сказанной исторіи въ первые три вѣка наука не владѣетъ почти никакими непосредственными указаніями памятниковъ. Только около начала четвертаго вѣка мы находимъ первый опорный пунктъ. Для сужденія о правѣ этого времени имѣется достаточный матеріалъ, вопервыхъ, въ остаткахъ законодательства XII таблицъ и, вовторыхъ, въ указаніяхъ нѣкоторыхъ писателей, въ особенности же Гая. Но вслѣдъ за такимъ просвѣтомъ опять настаетъ темь на продолжительное время; свѣдѣнія объ исторіи римскаго гражданскаго права въ теченіе IV и V вѣковъ снова скудны. Далѣе время двухъ послѣдующихъ столѣтій, VI и VII, отъ второй Пунической войны до Цицерона, есть время коренныхъ преобразованій въ правѣ. Мы знаемъ достаточно о послѣднемъ результатѣ этихъ преобразованій, но не владѣемъ особыми указаніями относительно ихъ послѣдовательнаго историческаго хода. Нѣкоторый, по порядку второй, опорный пунктъ откры-

въ его *Исторіи римскаго права*, переведенной на русскій языкъ Лицкимъ, см. §§ 20, 69, 72, 73, 76, 80, 97, 101, 103—113 (въ нѣм. оригиналѣ соотв. §§ 55, 104, 107, 108, 111, 115, 118, 131, 136, 138—148).

вается въ сочиненіяхъ комика Плавта (пол. VI. в.). Болѣе сильный, третій такой пунктъ мы имѣемъ въ сочиненіяхъ Цицерона (конецъ VII в.). Что же касается до текста преторскаго эдикта, то онъ сохранился лишь въ окончательной редакціи, которую получилъ въ императорское время. Къ этому же времени вообще относится безусловно богатый историческій матеріалъ. Онъ сосредоточивается главнымъ образомъ около двухъ эпохъ: одной, продолжавшейся около столѣтія, отъ половины II до половины III в. по Р. Х.—эпохи классической юриспруденціи, и другой, краткой, завершающей собою развитіе римскаго гражданскаго права, эпохи императора Юстиніана (VI ст. по Р. Х.). Для эпохи классической юриспруденціи главными источниками служатъ институціи Гая и дигесты, для юстиніановой эпохи—вообще corpus iuris и въ особенности институціи Юстиніана, кодексъ и новеллы. Кодексъ, изданный при императорѣ Өеодосіи II, въ 438 г. по Р. Х., находится въ промежуткѣ между двумя сказанными эпохами и потому можетъ тоже служить нѣкоторою опорою для историка. Итакъ мы имѣемъ шесть моментовъ, около которыхъ сосредоточиваются главнымъ образомъ свидѣтельства источниковъ: 1) эпоха изданія законовъ XII таблицъ, 2) время Плавта, 3) время Цицерона, 4) эпоха классической юриспруденціи, 5) время императора Өеодосія II и 6) эпоха Юстиніана. Къ свидѣтельствамъ классической юриспруденціи можно примѣнить нѣкоторое дальнѣйшее дробленіе, годное для цѣлей историка. Такъ, нѣмецкій ученый Перниц остановился на времени юриста Лабеона, который жилъ и дѣйствовалъ около полустолѣтія послѣ Цицерона, т.-е. около времени Р. Х. Въ обширномъ, еще неоконченномъ трудѣ: *Marcus Antistius Labeo* Перниц стремится изобразить римское гражданское право эпохи Лабеона. Время каждаго изъ великихъ юристовъ, жившихъ послѣ Лабеона: Юліана, Гая, Папиніана, Ульпіана и другихъ могло бы быть изучено подобнымъ образомъ. Матеріалъ для такого изученія заключается въ многочисленныхъ остаткахъ, которые сохранились отъ сочиненій каждаго изъ этихъ юристовъ и ихъ современниковъ. Однако не слѣдуетъ увлекаться подобнымъ дробленіемъ: оно полезно для исторіи нѣкоторыхъ от-

дѣльныхъ институтовъ и принциповъ, но недостаточно для характеристики общаго состоянія права въ эпоху каждаго изъ юристовъ. Для такой характеристики отдѣльные юристы даютъ все таки не особенно много. Съ другой стороны, работы всѣхъ названныхъ нами юристовъ однородны по руководящимъ воззрѣніямъ и состоятъ между собою въ непосредственной связи, такъ что правильнѣе оставаться при томъ мнѣніи, что онѣ образуютъ части одного цѣлаго, которое представляетъ собою «эпоху классической юриспруденціи». Подтвержденіемъ сказаннаго служитъ и трудъ Перницe. Очень часто предпринятое имъ изображеніе права во время Лабеона обращается за недостаткомъ какъ матеріала, такъ и существенныхъ различій между отдѣльными юристами, въ общую характеристику права «классической эпохи».

III. Періоды.

Въ исторіи римскаго гражданскаго права обнаруживается слѣдующая преемственность состояній и періодовъ:

I.

1. Древнѣйшее состояніе гражданскаго права не засвидѣтельствовано источниками непосредственно. Оно можетъ быть возстановлено до нѣкоторой степени путемъ изученія переживаній, историческихъ аналогій и дедуктивныхъ выводовъ. Корни этого древнѣйшаго состоянія надо искать за границею самой римской исторіи. Общинно-родовой бытъ вступаетъ въ первое соприкосновеніе съ военно-государственнымъ; частная собственность еще далеко не выдѣлилась изъ общинно-родоваго обладанія имуществомъ, самоуправство преобладаетъ надъ государственнымъ судомъ, гражданскій оборотъ едва смягчаетъ начало уголовнаго возмездія за нарушенія гражданскихъ правъ, формализмъ пріобрѣтаетъ господство въ сдѣлкахъ и судопроизводствѣ. Иностранцы исключаются отъ участія въ римской правовой жизни, кромѣ отдѣльныхъ личностей, пользующихся

правомъ гостепріимства и отдѣльныхъ народностей, пріобрѣвшихъ ius commercii или ius nexi mancipiique.

2. Въ законодательствѣ XII таблицъ выражается второе, относительно высшее состояніе гражданскаго права. Государственный бытъ беретъ явное преобладаніе надъ общинно-родовымъ бытомъ; замѣчается явная тенденція подавить самоуправство и возвысить государственное вліяніе въ области гражданскаго правосудія, ограничить крайнія проявленія мести и утвердить систему денежныхъ штрафовъ. Имущественное (mancipium) и кабальное (nexum) право получаютъ толчекъ, въ смыслѣ развитія личнаго обладанія. Авторитетъ семейно-родовыхъ властей (отеческая власть, опека) подрывается. Формализмъ укрѣпляется и получаетъ политическое значеніе. Договоры съ иностранцами о commercium умножаются.

Вышеизложенныя двѣ ступени развитія излагаются въ первыхъ семи главахъ настоящаго труда. Нѣтъ возможности въ самомъ порядкѣ изложенія отдѣлить рѣзко обѣ ступени, потому что въ однихъ и тѣхъ же источникахъ (по большей части въ постановленіяхъ XII таблицъ) приходится искать свидѣтельства какъ о той, такъ и о другой ступени.

II.

3. Впродолженіе IV и V вѣковъ и народъ, и юристы (понтифы) признаютъ въ XII таблицахъ непреложное основаніе всего національнаго «квиритскаго» права. Формализмъ культивируется съ особымъ увлеченіемъ и въ результатѣ превращается въ тонкую, искусственную теорію. Спустя около ста лѣтъ послѣ изданія законовъ XII таблицъ въ квиритскомъ правѣ обнаруживается явно прогрессивное теченіе—результатъ, какъ внутренняго самобытнаго развитія римскаго общества, такъ и нѣкотораго общенія его съ иностранцами. Частная собственность къ этому времени установлена, самоуправство подавлено, система штрафовъ утверждена; гражданскій оборотъ рождаетъ новыя формы сдѣлокъ (стипуляція, mutuum, литеральный контрактъ); формализмъ начинаетъ представляться тягостнымъ, и въ новыхъ сдѣлкахъ, равно какъ и въ

новыхъ формахъ судопроизводства, ограничивается; возникаютъ юридическія отношенія, основанныя на началѣ взаимнаго довѣрія въ обходъ законной формы (fiducia); завоеванія дѣлаютъ быстрые успѣхи и число иностранцевъ въ Римѣ быстро увеличивается.

4. Въ VI вѣкѣ сказываются результаты того новаго положенія, къ которому Римъ былъ приведенъ своими военными успѣхами. Образуется живой торговый оборотъ съ иностранцами (перегринами); юриспруденція, изъятая изъ рукъ понтифовъ, оживляется и постепенно отрѣшается отъ рутины и традицій; преторъ перегриновъ (praetor peregrinus), которому поручена юрисдикція по дѣламъ римлянъ съ иностранцами и этихъ послѣднихъ между собою, становится центромъ юридическаго творчества. Здѣсь выработывается судопроизводство по формуламъ (per formulas) и общенародное гражданское право (ius gentium); въ нихъ осуществляются юридическіе идеалы, едва зародившіеся въ пятомъ столѣтіи. Судопроизводство по формуламъ болѣе просто и удобно, нежели старое—per legis actiones; рынокъ и промышленный оборотъ вызываютъ образованіе новыхъ юридическихъ сдѣлокъ, точно такъ же, какъ и судопроизводство, свободныхъ отъ прежней торжественности. Въ области этихъ новыхъ сдѣлокъ вырабатывается идея юридической обязательности договора, какъ простаго соглашенія. Не позже VII столѣтія судопроизводство по формуламъ и общенародное право переносятся въ юрисдикцію городскаго претора, который разбираетъ тяжбы римлянъ между собою; предъ римскимъ форумомъ конкурируютъ два судопроизводства и два права; старое судопроизводство вытѣсняется новымъ, квиритское право преобразуется въ духѣ новыхъ юридическихъ идей; юриспруденція усвоиваетъ идею обязательности договора и переработываетъ подъ ея вліяніемъ многія старыя отношенія, придавая видъ договора актамъ, которые прежде разсматривались ею подъ другою точкою зрѣнія. Съ другой стороны, разнообразныя причины и между ними особенное развитіе денежныхъ спекуляцій, сообщаютъ дальнѣйшее развитіе нѣкоторымъ изъ старыхъ формальныхъ сдѣлокъ.

Третья и четвертая ступень развитія излагаются въ VIII—

XVI главахъ нашего труда. И здѣсь состояніе источниковъ не дозволяетъ провести въ изложеніи точное разграниченіе обѣихъ ступеней.

III.

5. Мало-по малу обнаруживается окончательное распаденіе общинно-родовыхъ отношеній. Государственная власть принимаетъ на себя нѣкоторыя изъ функцій родоваго контроля надъ личностью (ограниченіе завѣщаній и дареній, опека по назначенію, попечительство надъ лицами не достигшими 25 лѣтняго возраста) и переустроиваетъ институты, основанные на старыхъ, распавшихся отношеніяхъ (порядокъ наслѣдованія по закону). Переходное время отъ республики къ имперіи знаменуется этимъ движеніемъ, которое оканчивается впрочемъ только въ позднѣйшія времена имперіи. Съ другой стороны. къ концу республики, т. е. въ VIII вѣкѣ коренное преобразованіе гражданскаго права представляется оконченнымъ въ своихъ существенныхъ чертахъ. До конца X столѣтія города Рима или половины 3-го столѣтія христіанской эры юриспруденція и законодательство трудятся усиленно надъ разработкою деталей и восполненіемъ пробѣловъ, оставленныхъ предшествующимъ развитіемъ. Такая работа, но въ степени, несравненно слабѣйшей, чѣмъ прежде, продолжается еще до императора Юстиніана, который окончательно завершаетъ ее. Достигнувъ къ X столѣтію города высшей точки своего развитія, юридическое творчество гаснетъ въ связи съ общимъ ослабленіемъ умственныхъ силъ римскаго общества.

Этому періоду развитія гражданскаго права посвящаются послѣднія главы нашего труда, начиная съ XVII.

Время до Р. X. мы будемъ обозначать по римскому лѣтосчисленію; время послѣ Р. X. — по христіанскому. Для наглядности предлагаемъ слѣдующую сравнительную таблицу:

По римскому счету (a. u. c.):			*По христіанскому:*
I	столѣтіе	(1—100)	753—654 до Р. X.
II	»	(101—200)	653—554 » Р. X.
III	»	(201—300)	553—454 » Р. X.
IV	»	(301—400)	453—354 » Р. X.

По римскому счету (a. u c.):	*По христіанскому:*
V столѣтіе (401—500)	353—254 до Р. X.
VI » (501—600)	253—154 » Р. X.
VII » (601—700)	153— 54 » Р. X.
1-я половина VIII ст. (701—753)	53— 1 » Р. X.
754— 853 отъ осн. гор.	I столѣтіе по Р. X. (1—100)
854 —953 отъ осн. гор.	II » » Р. X. (101—200)
954—1054 отъ осн. гор.	III » » Р. X. (201—300)

IV. Пособія.

Пособіями называются произведенія позднѣйшей литературы, переработывающія тѣ данныя, которыя содержатся въ источникахъ. Главныя пособія по нашему предмету принадлежатъ нынѣшнему столѣтію и по преимуществу нѣмецкой литературѣ. Они будутъ указываться на страницахъ этой книги, по мѣрѣ надобности и въ тѣхъ размѣрахъ, въ которыхъ это можетъ быть полезно для начинающаго. Кромѣ того теперь мы укажемъ нѣсколько пособій, которыя имѣютъ для него особенный и наиболѣе общій интересъ. Сюда относятся прежде всего слѣдующіе учебники и руководства:

Esmarch, Römische Rechtsgeschichte, 2 изд. 1880.

Ortolan, Explication historique des instituts de l'empereur Iustinian, три тома, 10 изд. 1876.

Walter, Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian, два тома, 3-е изд., 1860.

Puchta, Cursus der Institutionen, 9-е изд. въ двухъ томахъ, 1881.

Книга Эсмарха содержитъ общую исторію римскаго права и представляетъ удобное пособіе для первоначальнаго ознакомленія съ исторіей римскаго гражданскаго права, которой Эсмархъ отводитъ довольно видное мѣсто въ своемъ изложеніи. — Въ капитальномъ трудѣ Ортолана (ум. 1873 г.) особую важность имѣютъ два послѣдніе тома его; они содержатъ обширный комментарій на институціи Юстиніана, причемъ авторъ сообщаетъ подробныя историческія свѣдѣнія о развитіи отдѣльныхъ учрежденій римскаго гражданскаго права. Изложеніе автора отличается простотою и точностью, мысль— ясностью и глубиною. Система изложенія опредѣляется ха-

рактеромъ труда, какъ комментарія: авторъ слѣдуетъ въ немъ порядку самихъ юстиніановыхъ институцій.—Сочиненіе Вальтера пригодно болѣе для справокъ, нежели для чтенія. Во второмъ томѣ его содержится исполненное по институціонной системѣ, сухое, но точное и ясное изложеніе исторіи римскаго гражданскаго права, съ большими подробностями и съ указаніями на источники и пособія. — «Курсъ» Пухты (ум. 1846) нѣсколько устарѣлъ, но до сихъ поръ онъ — лучшій учебникъ по художественности выполненія. Въ немъ читатель находитъ связный и легкій разсказъ историческаго развитія римскаго права, который даетъ возможность объединить свѣдѣнія, пріобрѣтенныя инымъ путемъ. Въ «курсѣ» были высказаны Пухтою впервые многія изъ воззрѣній, которыя потомъ стали общимъ достояніемъ науки. Вообще этотъ трудъ, принадлежа перу одного изъ самыхъ блестящихъ представителей старой исторической школы, интересенъ для характеристики воззрѣній и манеры этой школы.—Указанія на другія руководства и учебники читатель, сколько-нибудь освоившійся съ литературой предмета, легко найдетъ самъ. Рядомъ съ Вальтеромъ не мѣшаетъ назвать еще Рейна; труды обоихъ однородны.

Rein, Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer, изд. 1858.

Къ нѣкоторымъ руководствамъ, которыя имѣютъ довольно большое распространеніе, начинающему надо относиться съ осторожностью. Таковы, напримѣръ, учебники Кунце и Данца. Нѣкоторая темнота въ языкѣ и субъективность во взглядахъ, свойственная этимъ сочиненіямъ, несмотря на всѣ ихъ достоинства, могутъ быть безопасны только для лицъ, уже усвоившихъ достаточныя знанія и нѣкоторый критическій навыкъ.

Для исторіи гражданскаго права въ періодъ имперіи и въ особенности для ознакомленія съ правомъ юстиніанова времени пособіемъ могутъ служить также всѣ курсы и учебники «пандектнаго права.» Изъ нихъ для сказанной цѣли особенно пригодны тѣ, въ которыхъ римское право отдѣляется отъ позднѣйшей его переработки въ Германіи (такъ-называемое «современное римское право») и при самомъ изложеніи римскаго права различаются его историческія наслоенія. Изъ

учебниковъ, исполненныхъ именно въ этомъ родѣ, рекомендуемъ:

Baron, Pandeckten, 4-е изд., 1882.

Наиболѣе важныя изъ изслѣдованій, посвященныхъ отдѣльнымъ предметамъ (монографіи) будутъ указаны каждое въ соотвѣтствующемъ мѣстѣ; здѣсь мы упомянемъ о трехъ, наиболѣе важныхъ:

Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung, 4 книги; первая книга издана въ русскомъ переводѣ подъ заглавіемъ: Духъ римскаго права.

Этотъ трудъ, богатый идеями и блестяще изложенный, имѣетъ капитальное значеніе для исторіи древнѣйшаго права въ періодъ господства законовъ XII таблицъ (квиритское право). При помощи особаго указателя, изданнаго въ 1878 году, легко найти мѣста, говорящія о томъ или другомъ предметѣ.

Pernice, Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, два тома, 1873—78.

Voigt, Das ius naturale aequum et bonum und ius gentium der Römer, четыре тома, 1856—75.

Еще неоконченный трудъ Пернице и оконченный трудъ Фойгта содержатъ необыкновенно богатый матеріалъ для исторіи гражданскаго права въ послѣдніе вѣка республики, а у Фойгта, сверхъ того, и въ теченіи императорскаго времени. Изъ четырехъ томовъ Фойгта наибольшимъ значеніемъ обладаетъ третій томъ. Къ инымъ заключеніямъ обоихъ авторовъ слѣдуетъ относиться съ осторожностію, но обыкновенно ихъ чтеніе благодѣтельно возбуждаетъ мысль изслѣдователя. Въ сочиненіи Фойгта надлежитъ примириться съ растянутостью изложенія.

Сочиненія, обозначенныя въ настоящемъ вступленіи, будутъ цитироваться ниже по именамъ ихъ авторовъ.

I.

Влiянiе общественнаго строя.

I. О влiянiи племенныхъ различiй [2]).

§ 1. Въ началѣ нашего столѣтiя въ исторической наукѣ прiобрѣла господство нацiональная теорiя права. Было признано, что право каждаго народа есть по преимуществу произведенiе его нацiональныхъ особенностей и носитъ на себѣ ихъ отпечатокъ. Въ поискахъ за этими особенностями ученые останавливались на различiяхъ, которыя они замѣчали въ составѣ населенiй, приписывали такимъ различiямъ племенной характеръ и искали въ правѣ слѣдовъ ихъ влiянiя. Вообще всякое разнообразiе, которое замѣчалось въ правѣ, предпочитали объяснять племеннымъ разнообразiемъ самаго населенiя или же дѣйствiемъ на него иноплеменныхъ влiянiй, рядомъ съ туземными.

Трибы.

Древнѣйшая римская исторiя представляла для такихъ изысканiй повидимому благодарную почву. Какъ извѣстно, основанiе римскому государству было положено на Палатинскомъ холмѣ общиною, которая носила имя Рамновъ (Ramnes). Потомъ эта община соединилась съ другою,—общиною Тицiевъ

2) *Niebuhr*, Römische Geschichte, I, „Roms Anfang und älteste Stämme"; *его же*, Vorträge über römische Alterthümer, 1858, стр. 75. 76; *Göttling*, Geschichte der römischen Staatsverfassung, 1840, §§ 36. 47. 48; *Schwegler*, Römische Geschichte, I, книга IX; *Lange*, Römische Alterthümer, I, §§ 25—28; *Моммсенъ*, Римская исторiя, I, 1877, стр. 36—39.

(Tittii), которые обитали на Квиринальскомъ холмѣ. Миѳическимъ героемъ первыхъ былъ Ромулъ, героемъ вторыхъ— Нума Помпилій. Съ теченіемъ времени къ двумъ первоначальнымъ общинамъ присоединилась третья — Луцеры (Luceres), на Целійскомъ холмѣ. Изъ этихъ трехъ частей, именовавшихся трибами, сложился патриціатъ; вокругъ же патриціанскаго города выросли плебейскія поселенія, центромъ которыхъ служилъ Авентинъ. Нибуру принадлежалъ взглядъ, по которому римская народность произошла отъ смѣшенія трехъ племенъ: этруссковъ, сабиновъ и латиновъ. Первоначальные патриціи были этруссками, плебеи же состояли изъ латиновъ. Потомъ Нибуръ измѣнилъ свое мнѣніе. И патриціи, и плебеи представлялись ему одинаково латинами, но въ составъ патриціевъ должны были войти также сабины. Именно, по Нибуру, изъ трехъ составныхъ частей патриціата, Рамны и Луцеры были латины, Тиціи—сабины. Лѣтопись, дѣйствительно, свидѣтельствуетъ о сабинскомъ происхожденіи Тиціевъ [3]). Послѣ Нибура вновь возникло стремленіе возвысить значеніе этрусскаго элемента въ древнѣйшей исторіи римскаго общества. Въ трехъ составныхъ частяхъ патриціанскаго населенія усматривали представителей трехъ различныхъ племенъ, изъ послѣдующаго смѣшенія и сліянія которыхъ произошелъ римскій народъ. Изъ латиновъ образовались Рамны, изъ сабиновъ Тиціи, этрусски составили трибу Луцеровъ (Гёттлингъ). Этотъ взглядъ господствовалъ до Швеглера. Швеглеръ обстоятельно изслѣдовалъ вопросъ о происхожденіи Луцеровъ и, въ результатѣ, вернулся къ тому заключенію, что они были одного происхожденія съ Рамнами. Въ настоящее время пошатнуто и исключительно-сабинское происхожденіе Тиціевъ. Такъ, Моммсенъ рѣшительно отказывается признать въ Римлянахъ — народѣ, выдающемся изъ среды всѣхъ другихъ народовъ самобытнымъ развитіемъ языка, политики и религіи,—какой-то «мусоръ, составленный изъ этрусскихъ, сабинскихъ, эллинскихъ и даже пелазгійскихъ развалинъ». Моммсенъ причисляетъ Луцеровъ, вмѣстѣ съ Рамнами, къ латин-

---

[3]) *Liv.* I, 9—13 и друг.

скому племени и только съ оговорками и ограниченіями допускаетъ присутствіе сабинскаго элемента въ составѣ Тиціевъ. Во всякомъ случаѣ, войдя въ среду римскаго населенія, Тиціи не имѣли особаго вліянія, въ смыслѣ преобразованія римской народности, и самое соединеніе сабинской общины съ латинскимъ поселеніемъ произошло тогда, когда оба племени не разошлись въ большой степени по нравамъ и языку.

Гражд. формы.

§ 2. Защитники мнѣнія, по которому древне-римское населеніе составилось изъ различныхъ племенъ, искали между прочимъ доказательствъ въ гражданскомъ правѣ. Именно, въ древнѣйшемъ правѣ Рима существовали совмѣстно нѣкоторыя религіозныя и свѣтскія формы, назначенныя для одинаковыхъ цѣлей. Такъ, рядомъ со сдѣлками, которыя обладали нѣкоторымъ религіознымъ оттѣнкомъ (клятва, sponsio, соглашеніе о sacramentum) существовали сдѣлки въ свѣтской формѣ (mancipatio, nexum); рядомъ съ формами судопроизводства, тоже съ религіознымъ оттѣнкомъ (l. a. sacramenti), существовали свѣтскіе виды судебнаго самоуправства (manus iniectio, vindicatio). Не вдаваясь въ обсужденіе того, насколько, дѣйствительно, всѣ названныя формы принадлежали тому наиболѣе древнему времени, когда въ Римѣ происходило предполагаемое сліяніе разныхъ племенъ, сторонники этого сліянія думали найти подтвержденіе своему воззрѣнію въ самомъ фактѣ параллелизма формъ. Особенно заманчивыми представлялись изслѣдованія о брачныхъ формахъ. Въ римскомъ правѣ мы находимъ троякое совершеніе брака: религіозное (confarreatio) [4], свѣтское съ установленіемъ гражданской власти мужа надъ женою (coemptio) [5]) и свѣтское же съ установленіемъ, въ положеніи жены, независимости отъ мужа [6]). По предположенію, эти три формы соотвѣтствовали тремъ различнымъ племенамъ. Согласившись въ такомъ выводѣ, писатели однако никакъ не могли придти къ соглашенію относительно распредѣленія брачныхъ формъ

Формы брака.

---

4) *Gai.* I. 112; *Ulp.* IX. 1.

5) *Gai.* I. 113.

6) *Cic.* Topica 3. 14. Genus enim est uxor; eius duae formae: una matrum familias, eae sunt, quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantummodo uxores habentur.

по составнымъ частямъ римскаго народа. Почти каждый писатель выступалъ съ своимъ собственнымъ распредѣленіемъ, такъ что въ результатѣ получился наборъ противорѣчащихъ одно другому предположеній; напримѣръ, confarreatio приписывалась различными авторами то этрускамъ, то сабинамъ, то латинамъ.

Россбахъ [7]) разобралъ самымъ тщательнымъ образомъ всѣ эти предположенія и обнаружилъ ихъ совершенную несостоятельность. Еслибы даже было доказано, что древнѣйшее населеніе Рима составилось изъ трехъ разноплеменныхъ частей, то все-таки мы поступили бы произвольно, пріурочивая къ этому факту фактъ совмѣстнаго существованія многихъ формъ какого-либо акта. Разнообразіе въ правѣ объясняется гораздо основательнѣе другими причинами, нежели разнообразіемъ въ племенномъ составѣ населенія. Различныя племена, находясь на одинаковой ступени развитія, обладаютъ обыкновенно сходными институтами; и вмѣстѣ съ тѣмъ довольно нелѣпо предполагать, напримѣръ, что религіозныя формы составляютъ исключительное достояніе какого-либо одного племени, тогда какъ на самомъ дѣлѣ вліяніе религіи на право есть явленіе, весьма распространенное. Многочисленность брачныхъ формъ не есть исключительная принадлежность римлянъ. Моисеево право знало два способа заключенія брака—съ покупкой жены и безъ покупки ея; индійское — восемь; въ славянскихъ земляхъ, по установленіи христіанства, рядомъ съ церковною формою брака удерживалась нѣкоторое время еще языческая форма и подобное же мы видимъ въ наше время, когда рядомъ съ церковнымъ бракомъ вводится въ употребленіе свѣтскій или гражданскій бракъ. Многочисленность формъ одного и того же акта—обыкновенное явленіе. Оно составляетъ результатъ послѣдовательнаго историческаго накопленія формъ. Общество ростетъ, ростутъ и его потребности. Новыя потребности порождаютъ новыя формы своего удовлетворенія. Но новыя формы не сразу устраняютъ легальное или обычное существо-

[7]) *Rossbach*, Untersuchungen über die römische Ehe, 1853, стр. 162—252; ср. *Іерингъ*, I § 19; *Marquardt*, Das Privatleben der Römer, I, 1879, стр. 31—37.

ваніе старыхъ формъ; онѣ продолжаютъ существовать при новомъ порядкѣ. Не племенное различіе родитъ многообразіе формъ, но различіе въ потребностяхъ и условіяхъ времени. Древнѣйшія трибы, образуя одинъ государственный союзъ, жили общею гражданскою жизнью, болѣе или менѣе одновременно претерпѣвая послѣдовательныя видоизмѣненія въ потребностяхъ и въ окружающихъ условіяхъ.

II. Вліяніе семейно-родоваго быта.

§ 3. Гораздо больше, чѣмъ племенными различіями, развитіе гражданскаго права обусловливалось другими особенностями общественнаго строя и прежде всего — родовымъ бытомъ [8]).

Роды.

Въ каждой изъ трехъ патриціанскихъ трибъ числилось по сту родовъ; роды существовали также у плебеевъ. Родовой бытъ составлялъ, несомнѣнно, древнѣйшій элементъ римскаго общественнаго строя и общественной жизни. Въ его первоначальномъ состояніи связь родичей основывалась, можетъ быть, на происхожденіи ихъ отъ общей родительницы (система родства по женской линіи); кое-что изъ области позднѣйшихъ нравовъ какъ бы намекаетъ на это. Такъ, напримѣръ, право обнимать замужнюю женщину (ius osculi) принадлежало не только ея родственникамъ по мужу, но и родственникамъ по отцу. Особенно характерно то обособленное положеніе, которое родичи (gentiles) занимали въ правѣ относительно агнатовъ, т. е. родственниковъ въ позднѣйшемъ смыслѣ. Тѣмъ не менѣе древнѣйшій Римъ уже не зналъ чистаго родоваго быта, гдѣ всѣ связаны единствомъ происхожденія. Изъ союза кровнаго родъ, съ развитіемъ осѣдлости и земледѣлія, а также подъ вліяніемъ военнаго быта, преобразовался постепенно въ тер-

[8]) *Niebuhr*, Römische Geschichte, I, «Die Geschlechter und Curien»; *его же*, Vorträge über römische Alterthümer, 1858, стр. 34—35; *Schwegler*, Römische Geschichte, I, книга 14 § 4; *Lange*, Römische Alterthümer, I § 40; *Іерингъ*, I § 14; *Моммсенъ*, Римская исторія, I, стр. 31; *Фюстель-де-Куланжъ*, Гражданская община античнаго міра, стр. 128—147; *Giraud-Teulon*, Les origines de la famille, 1874, стр. 204—234; *Voigt*, III § 150.

риторіальный союзъ. Въ видахъ усиленія родовъ и по другимъ причинамъ въ ихъ составъ принимались чужеродцы. Воспоминаніе объ единствѣ происхожденія могло, по прежнему, жить въ родичахъ и казаться имъ основою ихъ союза; на самомъ же дѣлѣ такою основою служило уже общее мѣсто поселенія и военно-политическое значеніе рода. Однако общее мѣстожительство было способно еще долго поддерживать ту сомкнутость родичей, которую создало единство происхожденія. Общее имя, принадлежавшее сородичамъ, служило внѣшнимъ признакомъ ихъ связи. Оно наслѣдовалось въ мужскомъ поколѣніи и пріобрѣталось чужеродцами посредствомъ усыновленія ихъ въ родѣ. Рабъ, отпущенный на волю, получалъ родовое имя своего бывшаго господина. Еще въ концѣ республики и началѣ имперіи съ именемъ соединялось особое значеніе. Въ эти времена назначеніе наслѣдника и дареніе происходили нерѣдко подъ условіемъ принятія наслѣдникомъ или одаряемымъ имени завѣщателя или дарителя, а присвоеніе чужаго имени, само по себѣ, безъ другихъ отягчающихъ обстоятельствъ влекло за собою строгое взысканіе [9]). Въ древнѣйшее время родовой союзъ охватывалъ все существованіе единичной личности. Всѣ личные интересы сливались или соприкасались съ родовыми интересами. У родичей — общій родовой культъ, общій жертвенникъ, на которомъ въ опредѣленное время приносятся общія жертвы; послѣ смерти родичи покоятся въ общемъ родовомъ склепѣ. Военная служба и политическая дѣятельность соединяютъ родичей, ибо родъ составляетъ также военную единицу и въ народномъ собраніи (comitia curiata) граждане засѣдаютъ по родамъ. Стыдъ и честь, горе и радость у родичей общіе. Родъ помогаетъ отдѣльнымъ членамъ своимъ въ бѣдѣ; онъ приставляетъ опекуновъ къ малолѣтнимъ, назначаетъ защитниковъ (vindex) къ неоплатнымъ должникамъ, мститъ убійцѣ за погибель своихъ членовъ, охраняетъ интересы лицъ, имѣвшихъ несчастіе попасть въ плѣнъ, содѣйствуетъ ихъ выкупу, а также выкупаетъ изъ кабалы неоплатныхъ должниковъ. Родъ блюдетъ за поведеніемъ своихъ членовъ, наказывая не-

---

[9]) *Dig*. 48. 10 fr. 13.

достойныхъ изгнаніемъ изъ своей среды или отлученіемъ отъ жертвоприношеній. Надо вникнуть во всю безпомощность положенія древняго человѣка, отвергнутаго своими близкими, чтобы понять ужасное значеніе и силу подобныхъ наказаній. Изъ контроля, который каждый отдѣльный родъ имѣлъ надъ своими членами, выросла потомъ власть цензора — государственнаго представителя родоваго начала. — Весь описанный строй въ эпоху его процвѣтанія предполагалъ обширное родовое имущество, движимое и недвижимое (ager gentilicius). Оно существовало, несомнѣнно, на первыхъ порахъ римскаго государства въ наиболѣе темные для насъ вѣка царскаго періода.

Въ началѣ республиканскаго времени мы встрѣчаемся лишь съ полуразвалинами первоначальнаго родоваго быта. Однако и въ это время онѣ обширны и живучи еще настолько, что не допускаютъ никакого сомнѣнія въ прошедшемъ могуществѣ родовой связи.

Семья.

§ 4. Родовая община, частный случай которой представляли римскіе «родовые поселы», т. е. роды, не составляла національно-римскаго явленія. Точно также римская семья [10]) въ своихъ существенныхъ чертахъ принадлежитъ къ числу учрежденій, распространенныхъ въ исторіи. Только по недостатку историческаго образованія римскіе юристы могли въ учрежденіяхъ своего семейственнаго права усматривать какое-то исключительное достояніе римлянъ [11]). Римскій родъ уже въ первую эпоху Рима находился на той ступени развитія, на которой изъ него выдѣлился рядъ болѣе мелкихъ союзовъ. Таковы— семьи. Моногамическая семья была въ первоначальномъ римскомъ обществѣ наиболѣе мелкимъ и наиболѣе замкнутымъ союзомъ. Ея основа — хозяйственная и религіозная. Каждая

---

[10]) *Lange*, Römische Alterthümer, I §§ 29, 30 слѣд.; *Marquardt*, Das Privatleben der Römer, I, 1879, стр. 1—6; *Ihering*, II, §§ 32, слѣд.; *Моммсенъ*, Римская исторія, I, стр. 49 — 54; *Фюстель-де-Куланжъ*, Гражданская община античнаго міра, стр. 107—119. *Муромцевъ*, Опредѣленіе и основное раздѣленіе права, § 86.

[11]) Наприм., *Gai*. I. 55: fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus.

семья обитаетъ въ своемъ собственномъ домѣ. Этотъ домъ—общее убѣжище для членовъ семьи, здѣсь каждый изъ нихъ находится въ наибольшей безопасности; здѣсь онъ въ случаѣ посягательства на его неприкосновенность наиболѣе воспріимчивъ къ оскорбленію. Еще во времена императоровъ дозволялось мужу убить нарушителя его супружеской чести, если онъ заставалъ его въ своемъ домѣ на мѣстѣ преступленія [12]). Домашній очагъ — средоточіе фамильной религіи. «Что», восклицаетъ Цицеронъ, «священнѣе дома каждаго изъ гражданъ, что состоитъ подъ бо̀льшею охраною религіи? Здѣсь—алтари, здѣсь жертвенники, здѣсь пенаты, здѣсь совершаются таинства, поклоненіе богамъ и богослуженіе. Здѣсь убѣжище настолько священное, что всякое нарушеніе его непозволительно» [13]). Потому всякое насиліе надъ гражданиномъ въ его домѣ, хотя бы съ цѣлью привода его въ судъ, воспрещалось. Главою семьи являлся отецъ (pater familias); онъ — домовладыка. Римская семья представляла ту фазу въ которой главенство родительницы смѣнилось главенствомъ отца, счетъ родства по женской линіи — счетомъ родства по мужской линіи. Первая изъ этихъ двухъ системъ, можетъ быть, не была совершенно забыта еще въ родѣ, но моногамическая семья выражала иное начало. Родъ воплощалъ идею происхожденія, семья (familia)—идею принадлежности. Глава семьи былъ господиномъ ребенка не потому, что рождалъ его, но потому, что, по рожденіи, принималъ его въ свой домъ Такой именно смыслъ имѣлъ обрядъ подыманія новорожденнаго съ полу отцомъ.

Семья и государство.

§ 5. Государство застало семейный союзъ окрѣпшимъ и замкнутымъ и на первыхъ порахъ оставило его въ неприкосновенности. Внутри семьи оно признало власть домовладыки безусловною. Другими словами, государство воздержалось отъ всякаго вмѣшательства въ распорядокъ внутренней семейной

---

[12]) *Paulus*, Sent. Rec., II, 26 §§ 1, 7.

[13]) *Cic.* Pro domo, 41, 109. Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam domus unius cuiusque civium? Hic arae sunt, hic foci, hic di penates; hic sacra, religiones, caerimoniae continentur: hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit.

жизни. Это отношеніе государства къ семьѣ выразилось въ юридическомъ формулированіи личной власти pater familias'a. Въ качествѣ члена государства выступаетъ главнымъ образомъ одинъ домовладыка. Въ частной сферѣ онъ покрываетъ вполнѣ своею личностью остальныхъ членовъ семьи: онъ—господинъ своей жены (manus mariti), властитель надъ дѣтьми (patria potestas) и кабальными (mancipium), не говоря о рабахъ, которые считаются за одно съ вещами. Со смертью домовладыки его сыновья становятся свободными и самостоятельными; тогда они—домовладыки, хотя бы не были еще женаты и не имѣли потомства. Женщины же, теряя своего отца или мужа, переходятъ подъ власть ближайшихъ домочадцевъ (агнатовъ); онѣ не могутъ быть свободными и состоятъ подъ вѣчною опекой. Независимо отъ какого-либо государственнаго авторитета домовладыка можетъ распорядиться жизнью и свободою подвластнаго ему лица. На юридическомъ языкѣ это выражалось такъ, что глава семьи, по отношенію къ подвластному, имѣетъ право жизни и смерти (ius vitae ac necis), право продажи или, точнѣе, отдачи въ заработокъ (ius vendendi), а также право отдачи въ кабалу (въ заработокъ) за преступленія и проступки (noxae deditio). Впрочемъ юридическія формулы опредѣляютъ положеніе домовладыки крайне односторонне. Онѣ указываютъ намъ на полную независимость домовладыки отъ государственной власти; государственный судъ не вѣдаетъ семейныхъ отношеній. Но изъ этого не слѣдуетъ вовсе, что глава семьи, дѣйствительно, безусловный ея властитель, что онъ не подчиненъ инымъ авторитетамъ, помимо государственнаго. Обычаи и нравы образовали власть домовладыки, они же направляли ее и въ ея проявленіяхъ. Подъ ихъ вліяніемъ она являлась не суровою (каковою можетъ показаться, если судить лишь на основаніи однихъ юридическихъ формулъ), но мягкою, въ той степени, какъ это требовалось воззрѣніями и чувствами даннаго времени. Видимыми представителями такого контроля, его органами, служили родственники домовладыки. Безъ совѣта съ ними онъ не предпринималъ ни одного важнаго дѣйствія.

Власть домовладыки.

При такомъ положеніи своемъ семья выступаетъ за пре-

дѣлы гражданскаго права; это—учрежденіе изъ области нравовъ. Позднѣе она становится учрежденіемъ государственнаго права. Только немногія отношенія изъ семейственнаго быта получаютъ гражданскую защиту. Значеніе древне-римскаго семейственнаго строя для гражданскаго права сказывается по преимуществу въ другомъ. Лишь pater familias, лицо независимое отъ посторонней власти (persona sui iuris) являлся въ качествѣ полноправнаго члена гражданскаго общества: лишь онъ могъ имѣть гражданскія права. Подвластныя лица (personae alieni iuris) не пріобрѣтали ничего для себя; все пріобрѣтенное ими принадлежало домовладыкѣ. Они не были лишены возможности совершенія юридическихъ сдѣлокъ, но сила ихъ сдѣлокъ относилась не къ нимъ, а къ ихъ властелину: сдѣлка, совершенная ими, рождала права и обязательства не для нихъ, а для властелина. Такимъ образомъ своеобразная сторона въ юридическомъ положеніи подвластныхъ членовъ римской семьи состояла въ томъ, что, не обладая правоспособностью, они владѣли дѣеспособностью. Сынъ, рабъ, кабальный участвовали въ гражданскомъ оборотѣ отъ имени своего домовладыки. Они пріобрѣтали для него права даже безъ его вѣдома и согласія; напротивъ обязательства устанавливались не иначе, какъ съ его согласія. Поэтому, напримѣръ, принять наслѣдство сынъ и рабъ могли только съ согласія домовладыки: наслѣдство состояло изъ нераздѣльной массы правъ и обязательствъ [14]).

Пекулій.

Было въ обыкновеніи, что домовладыка дозволялъ своимъ домочадцамъ имѣть особое имущество, пріобрѣтенное ими са-

---

[14]) *Gai.* II. 86, 87, 90; *Ulp.* XIX. 18. 19; *Cic.* de leg. II. 20; *Dig.* 50. 17 fr. 133; *Inst.* 2. 9 § 3. Позднѣе, когда отношенія дифференцировались, относительно пріобрѣтеній рабовъ различали многія комбинаціи. Такъ, рабы могли состоять у домовладыки или на правѣ собственности (in potestate), или на правѣ пользованія (in usufructu), или на правѣ добросовѣстнаго владѣнія (bonae fidei possessio); рабы двухъ послѣднихъ категорій пріобрѣтали для своего господина лишь то, что они добывали изъ приращеній отъ его имущества или благодаря своимъ собственнымъ трудамъ; остальное шло въ пользу собственника раба (*Gai.* II. 86. 91. 92); пріобрѣтеніе посредствомъ давности было невозможно чрезъ раба, состоящаго въ пользованіи (*Gai.* II. 94).

ними, или выдѣленное имъ изъ его собственнаго имущества. Юридически такое имущество, извѣстное подъ именемъ пекулія (peculium), составляло собственность домовладыки. Но фактически на него смотрѣли, какъ на нѣчто обособленное. Рабы выкупали себя на волю, выплачивая господину изъ пекулія; по одному изъ преданій, пекулій Спурія Кассія, обвиненнаго въ 268 г. въ государственной измѣнѣ, былъ конфискованъ въ пользу богини Цереры.

Agnatio.

§ 6. Въ ближайшей связи съ древнѣйшимъ семейнымъ строемъ образовался своеобразный счетъ родства — по агнатству. Агнатами назывались, по отношенію другъ къ другу, свободныя лица, которыя вмѣстѣ состояли подъ одною общею властью ихъ домовладыки (отца, дѣда, прадѣда) до самой смерти этого послѣдняго. Кромѣ того агнаты домовладыки были агнатами для его жены и нисходящихъ. Агнатами, слѣдовательно, могли быть братья и сестры, родные или по усыновленію, дядья съ племянниками, двоюродные братья и сестры и т. д., если только ихъ положеніе удовлетворяло вышеуказанному условію. Связь по усыновленію считалась одинаковою со связью по крови. Вступленіе въ чужую семью (замужество, усыновленіе) сразу прерывало всѣ связи съ первоначальными агнатами и устанавливало новыя агнатскія связи.— Со смертью общаго домовладыки подвластные ему пріобрѣтали самостоятельность, но связь, воспитанная совмѣстною жизнью подъ однимъ кровомъ, не исчезала. Зорко слѣдили агнаты другъ за другомъ, взаимно контролируя другъ друга въ распоряженіяхъ по имуществу, которое составляло часть ихъ общаго семейнаго наслѣдія. Агнатамъ принадлежала опека надъ женщиной ихъ семьи, когда женщина оставалась безъ отца и безъ мужа; агнатамъ же предоставлялась опека надъ малолѣтними, попечительство надъ безумными и расточителями. Наконецъ, при отсутствіи прямыхъ наслѣдниковъ, агнаты выступали въ качествѣ наслѣдниковъ по боковой линіи.

Capitis deminutio minima.

§ 7. Всякій выходъ изъ семьи и вмѣстѣ съ тѣмъ изъ состава агнатскаго союза разсматривался, какъ юридическое умаленіе личности. Къ сожалѣнію, объ этомъ предметѣ мы знаемъ только по ученію позднѣйшихъ юристовъ. Они называютъ

capitis deminutio minima [15]) то умаленіе юридической личности (правоспособности), которое человѣкъ претерпѣвалъ, какъ скоро выходилъ изъ состава семьи. Всякій выходъ изъ семьи, хотя бы сопряженный съ переходомъ въ другую семью, составляетъ c. d. minima. По опредѣленію Гая [16]), она наступаетъ, когда человѣкъ сохраняетъ свободу и гражданство, но измѣняетъ свое (семейное) положеніе. По опредѣленію Павла, при этомъ видѣ умаленія личности человѣкъ теряетъ семью. Съ c. d. minima для лица, которое подверглось ей, прекращаются всѣ отношенія къ агнатамъ и къ сородичамъ, теряются всѣ связи съ патрономъ, съ опекуномъ или опекаемымъ (tutela, legitima), лицо теряетъ свое имущество и освобождается отъ долговъ (за небольшими исключеніями: нѣкоторые легаты и сервитуты, приданое, obl. naturalis). Потерею связей съ агнатами обусловливается потеря всѣхъ правъ по древнему наслѣдственному праву. Имп. Анастасій постановилъ впрочемъ, что c. d. minima, которую претерпѣваетъ сынъ, освобожденный изъ подъ отеческой власти (emancipatus), не теряетъ права опеки и попечительства надъ своими братьями и племянниками. Вышеописанное умаленіе личности наступаетъ:

1. Когда лицо sui iuris поступаетъ подъ семейную власть кого-либо, становясь чрезъ то лицомъ alieni iuris. Такъ бываетъ при усыновленіи (arrogatio) и выходѣ самостоятельной женщины замужъ съ поступленіемъ подъ власть мужа (conventio in manum)—случай, возможный лишь въ позднѣйшемъ правѣ. Къ усыновителю (pater adoptivus) и къ мужу (coemptionator) переходитъ все имущество усыновленнаго или женщины и они же отвѣчаютъ, по преторскому эдикту, предъ кредиторами лица, правоспособность котораго умаляется. Кромѣ того преторъ допустилъ искъ даже противъ самого потерпѣвшаго умаленіе въ правоспособности;

2. Когда лицо alieni iuris переходитъ изъ одной семьи въ другую. Это случается при усыновленіи (adoptio), выдачѣ до-

---

[15]) *Max Cohn*, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, I, 2, стр. 107—132 и слѣд. *Pernice*, I, стр. 172—183.

[16]) I. 162.

чери семейства въ замужество и передачѣ отцомъ или мужемъ другому лицу своей власти надъ дѣтьми и женою;

3. Когда лицо alieni iuris становится лицомъ sui iuris. Сюда принадлежитъ случай освобожденія сына или дочери изъ подъ родительской власти (emancipatio) или изъ кабалы (manumissio ex mancipio). Отнесеніе этихъ случаевъ къ cap. deminutio, равно какъ и случаевъ второй категоріи, представляетъ самый интересный пунктъ всего ученія о c. d. minima. Съ перваго взгляда онъ кажется анормальнымъ. Странно признавать умаленіе правоспособности тамъ, гдѣ, на видъ, происходитъ лишь смѣна двухъ равныхъ положеній, или гдѣ низшее положеніе смѣняется высшимъ, какъ при emancipatio. Но точка зрѣнія римскаго юриста понятна, какъ отголосокъ древнѣйшаго семейнаго быта. Въ этомъ быту только принадлежность человѣка къ семьѣ доставляла ему вполнѣ прочное положеніе; выходя изъ семьи, человѣкъ терялъ такое положеніе и оказывался относительно беззащитнымъ. Потому каждый выходъ изъ семьи справедливо причислялся къ capitis deminutio.

III. Вліяніе военно-государственнаго быта [17]).

Военный бытъ.

§ 8. Скотоводство и земледѣліе составляли основу хозяйственнаго быта племенъ, заселившихъ Италію. Война скоро вошла въ рядъ правильныхъ средствъ, которымъ они поддерживали свое существованіе. Очень рано, вслѣдъ за окончательнымъ разселеніемъ племенъ и народцевъ, должна была обнаружиться трудность въ добываніи ими средствъ для своего существованія. Отсюда возникло полное разъединеніе отдѣльныхъ общинъ: каждая берегла свое для себя. Чужакъ, который сначала былъ нуженъ для пополненія наличныхъ силъ молодой общины и потому могъ встрѣтить въ ней миролюбивый пріемъ, теперь превратился постепенно въ исконнаго врага. Въ бытность свою въ чужомъ городѣ онъ стоялъ внѣ какихъ-либо общественныхъ или политичесскихъ связей. Таково — *начало политической исключительности*. Далѣе разъединеніе вело къ постоянной враждѣ самихъ общинъ и, переходя

[17]) Іерингъ, I §§ 17 и 10.

въ хищничество, вызывало постоянную военную борьбу. Военной дѣятельности принадлежитъ, несомнѣнно, первенствующее мѣсто среди факторовъ, которые управляли древнѣйшей исторіей римлянъ. Римскіе миѳы переполнены сказаніями о военныхъ событіяхъ и подвигахъ. Отъ основанія первыхъ поселеній на Палатинскомъ и Квиринальскомъ холмахъ военная борьба съ сосѣдями поглощала главныя силы вѣчнаго города. Пріобрѣтеніе добычи—основная цѣль войны; въ глазахъ римскаго гражданина, этотъ источникъ пріобрѣтенія долгое время заслонялъ, по своему значенію, всякій иной источникъ [18]).

До нѣкоторой степени безпрерывное военное состояніе лишь укрѣпило чувства и отношенія, которыя успѣли сложиться еще въ общиннородовомъ быту. Оно окончательно научило дорожить жизнью отдѣльныхъ гражданъ и возвысило то значеніе, которое римляне, наравнѣ съ другими народами, придавали обладанію многочисленнымъ потомствомъ. Имѣть потомство составляло и долгъ, и гордость римскаго гражданина. Военный бытъ содѣйствовалъ скорѣйшему укорененію зависимаго положенія женщины; женщина не пользовалась полноправностью и свободою наравнѣ съ мущиною, потому что не участвовала въ тягостяхъ войны. Но вмѣстѣ съ тѣмъ военное состояніе породило чувства и отношенія, которыя постепенно разрушили старый бытъ и старое устройство общества. Личная доблесть стала цѣниться выше происхожденія и старшинства. Деревенскій бытъ уступилъ мѣсто городскому быту; городъ изъ крѣпости, куда сбѣгались деревенскіе жители въ случаѣ опасности, сдѣлался постояннымъ мѣстомъ поселенія и главнымъ средоточіемъ жизни. Рядомъ съ общинно-родовыми отношеніями сложилось военное устройство общества. Въ этомъ устройствѣ территоріальная связь получила рѣшительный перевѣсъ надъ связью, обусловленною происхожденіемъ. Возникло правильное, военное раздѣленіе общества по территоріальнымъ границамъ. Положеніемъ гражданина, какъ воина, опредѣлялись его политическія права и обязанности. Военное общество и политическое близились къ совпаденію. Это отра-

---

[18]) *Gai* IV. 16... maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent.

зилось уже въ древнѣйшемъ государственномъ устройствѣ Рима. Въ основѣ его лежалъ однако элементъ общинно-родовой (роды, gentes); военное начало выражалось только въ союзномъ соединеніи родовъ въ куріи. Народному собранію по куріямъ (comitia curiata) еще были близки интересы общинно-родовые; напримѣръ, въ этихъ собраніяхъ совершались усыновленія и завѣщанія. Ярче высказалось военное начало въ государственной реформѣ, связанной съ именемъ полумифическаго царя Сервія Туллія. Кто богаче—тотъ способенъ носить наилучшее оружіе; поэтому онъ зачисляется въ высшій классъ,—на войнѣ занимаетъ мѣсто въ переднихъ рядахъ войска, въ мирѣ пользуется наибольшими политическими преимуществами и почетомъ. Соотвѣтственно уменьшенію имущественныхъ средствъ гражданина уменьшаются его военныя обязанности и политическія преимущества. Самое засѣданіе новаго народнаго собранія (comitia centuriata) составляло нѣкоторое переложеніе боеваго порядка [19]).

Изъ этого военнаго устройства выработалось позднѣйшее римское государство; военная власть послужила источникомъ другихъ государственныхъ властей. Съ этой стороны, исторія государственнаго развитія Рима есть исторія его организаціи въ видахъ наиуспѣшнѣйшей борьбы съ внѣшними врагами.

Рабство.

§ 9. Въ тѣсной связи съ безпрерывнымъ военнымъ состояніемъ находилось также прогрессивное развитіе рабства [20]). Представленіе о древнемъ мірѣ связано неразрывно съ этимъ, отвратительнымъ на взглядъ современнаго человѣка, учрежденіемъ; тѣмъ не менѣе въ свое время рабство было произведеніемъ исторической необходимости.

Возникновеніе рабства отмѣчаетъ время относительно высшаго хозяйственнаго и нравственнаго развитія, когда человѣкъ счелъ возможнымъ обойтись въ своемъ столѣ безъ мяса плѣнника и нашелъ дѣло, на которое съ пользою могли быть

---

19) См. объ этомъ послѣднемъ предметѣ у *Lange*, Römische Alterthümer, II § 124.

20) *Wallon*, Histoire de l'esclavage dans l'antiquité, II и III, 1879 (2 изд.); *Marquardt*, Das Privatleben der Römer, I, 1879, стр. 133—191; *Ihering*, II § 32.

употреблены силы этого плѣнника. Рабство предполагаетъ нѣкоторое развитіе военной дѣятельности (ибо первоначальный контингентъ рабовъ составлялся изъ военноплѣнныхъ) и, въ свою очередь, способствуетъ ея дальнѣйшему процвѣтанію, потому что, отправляясь на войну, граждане имѣютъ въ рабахъ работниковъ, которые пекутся о домашнихъ дѣлахъ. Рабство вообще усиливаетъ контингентъ промышленниковъ въ данномъ обществѣ. Благодаря рабству облегчалось положеніе женщинъ и дѣтей, которыхъ война обрекала на тяжесть домашнихъ работъ. Благодаря рабству промышленная жизнь не отставала отъ военной, пока эта послѣдняя создавала сплоченіе мелкихъ союзовъ въ крупныя и прочныя общественныя единицы, разрушая начало національной замкнутости и исключительности. Въ обществѣ поддерживалась и развивалась привычка къ продолжительнымъ, сосредоточеннымъ, напряженнымъ и спокойнымъ занятіямъ, вовсе чуждая первобытному человѣку. Постоянно происходилъ переливъ населенія изъ рабовъ въ свободные классы и вмѣстѣ съ тѣмъ въ свободное общество вносилась эта привычка. Уже въ самомъ древнемъ мірѣ, въ эпоху разцвѣта нравственныхъ и умственныхъ силъ, сказалось ея значеніе; оно сказалось особенно въ новомъ мірѣ, гдѣ положеніе подневольныхъ вообще стало улучшаться и постепенно сравнялось съ положеніемъ свободныхъ. Воспитанная неволей привычка къ мирному труду отдала въ руки промышленнаго и рабочаго слоя населенія, какъ во всей массѣ его, такъ и въ лицѣ отдѣльныхъ представителей, главныя отправленія общественной жизни.

Положеніе рабовъ.

§ 10. Рабъ былъ вовсе исключенъ изъ состава гражданскаго общества и положеніе его опредѣлялось не правомъ, но обычаями и нравами.

Въ царскомъ періодѣ и въ первые вѣка республики рядъ обстоятельствъ содѣйствовалъ сносному положенію рабовъ. Рабы того времени, по большей части военноплѣнные, принадлежали къ народамъ, близкимъ къ римлянамъ по крови, языку, вѣрованіямъ и образу жизни. Такъ какъ главнымъ источникомъ рабства служилъ плѣнъ, то рабское состояніе каждаго лица въ отдѣльности было кратковременно. Оно было

кромѣ того взаимно, въ томъ смыслѣ, что каждый гражданинъ самъ рисковалъ, чуть не ежечасно, попасть въ плѣнъ и, можетъ быть, въ тотъ самый городъ, изъ котораго происходили его собственные рабы. Въ интересѣ общественномъ римскія власти надзирали за тѣмъ, чтобы не было жестокаго обращенія съ рабами, опасаясь, что плѣнные римляне могли потерпѣть въ отплату то же самое. Рабовъ было немного. Изъ одного указанія Діонисія Галикарнасскаго можетъ слѣдовать, что въ концѣ III в. a. u. c. на общую массу населенія 440,000 приходилось никакъ не болѣе 50 тысячъ рабовъ вмѣстѣ съ вольноотпущенниками и иностранцами, проживавшими въ Римѣ [21]). Каждый хозяинъ зналъ своихъ рабовъ лично, откуда проистекало нѣкоторое сближеніе, — рабъ представлялся хозяину во всякомъ случаѣ не безличною вещью, которую считаютъ гуртомъ, какъ это было позднѣе, но личностью. Въ иныхъ домахъ было лишь по одному рабу, который назывался по имени хозяина; въ иныхъ — обходились совсѣмъ безъ рабовъ. Сближенію содѣйствовала общность занятій хозяина и рабовъ въ мирное время, происходившая отъ простоты жизни. Свободный вмѣстѣ съ рабами обработывалъ свое поле, занимался домашними дѣлами. До извѣстной степени рабъ почитался членомъ семьи (familiaris), допускался къ близкому участію въ дѣлахъ хозяина, являясь нерѣдко въ качествѣ его совѣтника или товарища дѣтства, ѣлъ съ хозяиномъ за однимъ столомъ и отправлялъ вмѣстѣ съ нимъ религіозныя торжества. Рабы заводили свою собственную семью и ихъ семейныя отношенія пользовались уваженіемъ. Имъ дозволялось также сберегать для себя нѣкоторое имущество (peculium), которое служило между прочимъ для выкупа на свободу, нерѣдко же оставлялось у раба вполнѣ или отчасти по отпускѣ его на волю. Рабы вступали съ своими господами въ правильныя обязательственныя отношенія (хотя и не защищенныя юридически). Вообще жизнь выработала опредѣленный порядокъ отношеній господъ къ рабамъ, въ которомъ личность этихъ послѣднихъ пользовалась извѣстнымъ

---

[21]) *Dion.* 9. 25.

угнетеніемъ. Но рабы не могли обращаться къ органамъ правовой защиты для охраненія своего положенія [22]); поэтому съ юридической точки зрѣнія положеніе раба представлялось совершенно безправнымъ [23]). Юридически рабъ не состоитъ ни въ какомъ отношеніи ни къ обществу, ни къ государству. Онъ не субъектъ, но объектъ, равный обыкновенной вещи; рабы суть вещи, отнесенныя вмѣстѣ съ важнѣйшими животными къ классу вещей mancipi [24]). Отношенія раба къ господину и къ равнымъ себѣ не имѣютъ рѣшительно никакой юридической цѣны; личность раба вполнѣ поглощается личностью его господина, который считается полнымъ хозяиномъ его жизни, тѣла и чести. Характерно выразились Петроній и Сенека: рабу нѣтъ стыда при исполненіи повелѣній господина; въ свободнорожденномъ безстыдство — преступленіе, вольноотпущенникъ совершаетъ его по долгу, для раба же оно — необходимость [25]).

postliminii. § 11. Характерныя черты древнѣйшаго рабства—его взаимность и кратковременность—выразились въ ученіи римскихъ юристовъ о *ius postliminii* [26]). Это ученіе излагается подробно юристами императорскаго времени [27]), но корни его надо искать въ глубокой древности. Римлянинъ, который попалъ въ плѣнъ къ непріятелю, признается рабомъ и на своей родинѣ. Равную съ нимъ участь терпитъ и тотъ, кто, хотя бы въ мирное время, попалъ къ народу, съ которымъ у римлянъ нѣтъ никакой дружественной связи: ни amicitia, ни hospitium, ни foedus, а также тотъ, кто въ моментъ объяв-

---

[22]) *Dig.* 50. 17 fr. 22: in personam servilem nulla cadit obligatio; fr. 107: cum servo nulla actio est.

[23]) *Dig.* 4. 5 fr. 3 § 1: servile caput nullum ius habet; *Inst.* 1. 16 § 4:... nullum caput habuit; *Dig.* 50. 17 fr. 32: quod attinet ad ius civile servi pro nullis habentur.

[24]) *Ulp.* XIX § 1.

[25]) *Petron.* 75; *Seneca*, contr. IV pr.: nec turpe est, quod dominus iubet (*Petron*); impudicitia in ingenuo crimen est, in liberto officium, in servo necessitas (*Seneca*).

[26]) *Hase*, Das ius postliminii und die fictio legis Corneliae, 1851; *Bechmann*, Das ius postliminii und die lex Cornelia, 1872.

[27]) *Gai.* I. 129; *Dig.* 49. 15; *Cod.* 8. 50; *Festus*: postliminium.

ленія войны находился въ непріятельскихъ предѣлахъ. Но, съ другой стороны, не подходитъ подъ это правило взятый въ плѣнъ измѣннически во время перемирія, также плѣнникъ во внутренней междоусобицѣ, или захваченный разбойниками. Ставъ рабомъ, плѣнный теряетъ всѣ свои права на родинѣ; онъ терпитъ величайшее умаленіе личности (capitis deminutio maxima). Однако, въ виду временности его отлучки, его имущество не переходитъ къ наслѣдникамъ и лица, ему подчиненныя, не пріобрѣтаютъ свободы: жена остается несвободною, несвободны и дѣти, которыя по прежнему не могутъ совершать самостоятельно гражданскіе акты. Надъ малолѣтними дѣтьми не учреждается опека, но надъ всѣмъ имуществомъ плѣнника назначается попечительство (cura). Впослѣдствіи то же самое имѣло мѣсто относительно имущества отсутствующаго по государственнымъ дѣламъ (absentia reipublicae causa). Если плѣнный состоялъ самъ опекуномъ когольбо, то опекаемый малолѣтній не получаетъ новаго опекуна. По закону Гостиліеву (lex Hostilia), неизвѣстно когда изданному, каждый гражданинъ имѣетъ искъ (a. popularis) для защиты правъ плѣннаго противъ нарушителей. Если плѣнникъ умретъ въ плѣну, то по закону Корнеліеву (l. Cornelia Сципіона или Суллы) онъ считается, въ отношеніи наслѣдованія послѣ него, умершимъ какъ бы въ свободномъ состояніи. Позднѣйшіе интерпретаторы закона выражали это такъ, что умершій плѣнникъ считается умершимъ какъ-бы въ послѣдній моментъ передъ плѣномъ. Эта фикція (fictio legis Corneliae) была необходима для справедливаго опредѣленія наслѣдственныхъ отношеній послѣ умершаго. Если же плѣнный римскій гражданинъ возвратится живымъ на родину (или только вступитъ въ предѣлы одного изъ дружественныхъ съ Римомъ государствъ), то въ силу ius postliminii онъ вступаетъ вновь въ обладаніе утраченною правоспособностью и утраченными правами [28]). По выраженію позднѣйшихъ римскихъ

[28]) *Dig.* 49. 15 fr. 19 pr. (Paul.): Postliminium est ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum.

юристовъ (Помп., Ульп.), плѣнъ разсматривается тогда такъ, какъ будто бы его не было [29]). Можетъ быть, вначалѣ самый фактъ возвращенія плѣннаго въ Римъ влекъ за собою возстановленіе его въ прежнихъ правахъ; но со временемъ для полученія ius postliminii надо было кромѣ того имѣть желаніе остаться въ Римѣ (animus Romae remanendi seu revertendi) [30]). Кромѣ того одежда и оружіе, потерянныя въ битвѣ, не возвращаются ни въ какомъ случаѣ, такъ какъ терять ихъ считается постыднымъ. Вслѣдствіе особаго взгляда на существо владѣнія, римскіе юристы не возвращаютъ плѣнному также утраченнаго владѣнія. Не получаютъ postliminium перебѣжчикъ (transfuga),—понятіе, которое толкуется довольно широко,—

---

[29]) *Dig.* 49. 15 fr. 5 § 1; fr. 16; *Inst.* 1. 12 § 5: postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse.

[30]) Иногда клятва, данная врагамъ, мѣшала возвратившемуся плѣннику воспользоваться выгодами postliminium'а, несмотря на желаніе его остаться въ Римѣ. Во время борьбы Рима съ Карѳагеномъ не получилъ свободы извѣстный Атилій Регулъ, который, отправляясь изъ Карѳагена въ Римъ, поклялся вернуться обратно. То же случилось съ восемью (изъ десяти) плѣнными римлянами, которыхъ непріятель отправилъ въ Римъ для переговоровъ послѣ битвы при Каннахъ; остальные двое получили postliminium, такъ какъ предусмотрительно предохранили себя отъ возможнаго упрека въ несоблюденіи клятвы: когда они вышли изъ непріятельскаго лагеря, то въ тотъ же день вернулись вновь въ него на короткое время и такимъ образомъ формально исполнили клятву. Однако, по свидѣтельству Геллія (VII. 18), такой поступокъ вызвалъ всеобщее порицаніе. Изъ исторіи Публія Менандра, которую (какъ и исторію Регула) передаютъ намъ Цицеронъ (pro Balbo 28) и Помпоній (въ дигестахъ) надо, можетъ быть, заключить, что положеніе объ animus Romae remanendi не всегда было безспорно признано. Менандръ былъ грекъ по рожденію. Онъ попалъ въ плѣнъ къ римлянамъ и во время нахожденія въ плѣну былъ отпущенъ на волю своимъ господиномъ, чрезъ что сдѣлался римскимъ гражданиномъ. Послѣ того онъ былъ прикомандированъ, въ качествѣ переводчика, къ римскому посольству, отправлявшемуся въ Грецію; тогда возникло сомнѣніе, не сдѣлается-ли онъ, по возвращеніи на родину, вновь ея гражданиномъ и такимъ образомъ потеряетъ римское гражданство; но особый законъ разрѣшилъ этотъ вопросъ отрицательно. Помпоній находитъ изданіе такого закона совершенно излишнимъ, такъ какъ Менандръ долженъ былъ сохранить римское гражданство и помимо всякаго закона, если не имѣлъ желанія оставаться на родинѣ.

и лицо, постыдно сдавшееся непріятелю съ оружіемъ въ рукахъ.—Съ расширеніемъ границъ римскаго государства пребываніе въ плѣну сдѣлалось продолжительнымъ. Тогда ius postliminii измѣнило нѣсколько свой первоначальный характеръ. Сыновья получили право жениться безъ согласія отца, если онъ находился въ плѣну въ теченіи трехъ лѣтъ. Все пріобрѣтенное сыномъ, во время плѣна отца, оставалось у сына и точно такъ же владѣніе, начатое имъ въ это время, не прерывалось въ пользу отца. Жена плѣннаго становилась sui juris и, если плѣнъ продолжался пять лѣтъ, то ей дозволялось вступить въ новое замужество. Императоръ Левъ призналъ дѣйствительность завѣщательныхъ распоряженій, составленныхъ въ плѣну, что классическіе юристы рѣшались допускать лишь въ самыхъ ограниченныхъ предѣлахъ [31]).

Cap. dem. maxima.

§ 12. По разнымъ причинамъ свободный могъ обратиться въ раба и это обращеніе называлось capitis deminutio maxima. Лицо теряло въ такомъ случаѣ свою свободу и вмѣстѣ съ тѣмъ гражданство и семейное положеніе. Утрачивая всякую правоспособность на будущее время, оно теряло вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣ отдѣльныя права, которыя оно пріобрѣло до сего времени. Такое послѣдствіе было, конечно, невыгодно для кредиторовъ того, кто подвергнулся c. d., такъ какъ вмѣстѣ съ правами уничтожались и всѣ его обязательства; потому позднѣе преторъ допустилъ искъ, который кредиторы вчиняли противъ господина (или казны), которому вмѣстѣ съ рабомъ досталось его имущество. Отвѣтчикъ платилъ по долгамъ въ размѣрѣ этого имущества.—Лишенію свободы подвергаются:

а) неявившіеся во время ценза для внесенія своего въ

---

31) Въ дополненіе ко всему сказанному надо упомянуть еще о томъ случаѣ, когда плѣнникъ былъ выкупленъ кѣмъ-либо изъ плѣна (redemptio ab hostibus). Въ такомъ случаѣ всѣ права его возстановлялись въ пользу лица выкупившаго, а плѣнникъ состоялъ въ личной отъ него зависимости до тѣхъ поръ, пока не возвращалъ ему выкупной суммы. Только по уплатѣ ея выкупленный возстановлялся въ своихъ прежнихъ правахъ.

списки; они продаются государствомъ и становятся рабами покупателя. Этотъ случай потерялъ свое значеніе съ паденіемъ республиканскаго строя. Въ имперіи свободу теряли лица, которыя уклонялись отъ исполненія обязанностей воина, но римскіе юристы почему то не отнесли этого случая къ c. d.;

b) неоплатные должники въ силу законовъ XII таблицъ. Уже въ концѣ республиканскаго періода этотъ случай исчезъ въ жизни и позднѣйшіе римскіе юристы не называютъ его, когда говорятъ о c. d.;

c) оказавшіе неблагодарность и непочтительность по отношенію къ своему патрону. Страннымъ образомъ этотъ случай упоминается съ полною ясностью только Юстиніаномъ, хотя, по всей вѣроятности, онъ обладаетъ очень древнимъ происхожденіемъ;

d) допустившіе, въ возрастѣ свыше 20 лѣтъ, завѣдомо продать себя въ рабство съ тѣмъ, чтобы потомъ, по объявленіи себя свободнымъ, получить часть вырученныхъ при продажѣ денегъ. Такія лица становятся рабами покупателя, котораго они расчитывали обмануть. Ульпіанъ замѣчаетъ, что продавшій себя карается рабствомъ и тогда, когда, учинивъ продажу до 20 лѣтъ, получаетъ деньги по ней по достиженіи этого возраста. Но во всякомъ случаѣ уплата денегъ покупателемъ продавцу (при незнаніи перваго о томъ, что продано свободное лицо) составляетъ необходимое предположеніе кары;

e) осужденные къ смертной казни или въ рудники (ad metalla);

f) свободная женщина, вышедшая замужъ за чужаго раба безъ соизволенія на то со стороны его господина (sc. Claudianum, 52 г. по Р. Х.); обыкновенно она становилась рабыней этого господина. Юстиніанъ отмѣнилъ этотъ случай лишенія свободы;

g) римлянинъ, попавшій въ плѣнъ къ непріятелю. Этотъ случай разсмотрѣнъ выше (§ 11); впрочемъ, въ виду его особенностей, римскіе юристы не относили его къ числу c. d.

Кліенты.

§ 13. Тяжело и беззащитно было положеніе свободнаго человѣка, который, находясь на римской территоріи, не принадлежалъ къ числу римскихъ гражданъ. Чтобы оградить свою

неприкосновенность, если онъ задумывалъ поселиться въ Римѣ, онъ долженъ былъ поспѣшить отдать себя подъ покровительство какого-либо гражданина и его рода. Такъ возникли отношенія патроновъ и кліентовъ. Кліенты [32]) образовали третій разрядъ населенія, который занималъ среднее мѣсто между свободными гражданами и рабами. Положеніе кліента пріобрѣталъ иностранецъ (напр., изгнанникъ изъ своего отечества), котораго судьба такъ или иначе занесла въ Римъ и заставила искать въ немъ постоянное мѣстопребываніе. Этотъ родъ кліентовъ имѣетъ много общаго съ древнѣйшими плебеями. Положеніе кліента было обязательно и для вольноотпущенниковъ; впослѣдствіи вольноотпущенники составляли главнѣйшій контингентъ кліентовъ. Отпущеніе создавало патронатъ бывшаго господина надъ его бывшимъ рабомъ.—Точно неизвѣстно, каково было первоначальное политическое и гражданское положеніе кліентовъ. Можетъ быть, наравнѣ съ плебеями, они были устранены отъ всякаго участія въ государственной жизни и наравнѣ съ перегринами (что̀ на первыхъ порахъ могло относиться и къ плебеямъ) не допускались къ непосредственному участію въ гражданскомъ оборотѣ. Родъ, при которомъ они состояли, связывалъ ихъ съ государствомъ, патронъ совершалъ за нихъ мѣновые и судебные акты. Очень рано кліенты могли получить гражданскую правоспобность и одновременно съ плебеями, по реформѣ Сервія Туллія, вступить въ составъ государственнаго народа.—Для обѣихъ сторонъ патронатъ былъ совокупностью правъ и обязанностей, съ перевѣсомъ правъ для патрона и обязанностей для кліента. Патронъ — покровитель своего бывшаго слуги во всѣхъ затруднительныхъ случаяхъ его жизни, защитникъ его предъ лицомъ властей, опекунъ его малолѣтнихъ сиротъ. Въ случаѣ нужды патронъ доставляетъ своему кліенту средства существованія, въ случаѣ смерти открываетъ для него двери фамильнаго склепа. Въ свою очередь, кліентъ обязанъ предъ патрономъ почтеніемъ (obsequium et reverentia) и связанъ ря-

[32]) *Voigt*, Ueber die Clientel und Libertinität, 1878; *Leist*, Das römische Patronatrecht, 1879; *Marquardt*, Das Privatleben der Römer, 1879, стр. 196—208.

домъ обязанностей (officia) и обязательствъ (operae officiales). Изъ почтенія онъ былъ стѣсненъ въ предъявленіи судебныхъ исковъ противъ патрона. Впослѣдствіи, по преторскому эдикту, онъ могъ призвать своего патрона къ суду не иначе, какъ съ особаго разрѣшенія претора [33]); вѣроятно, на претора перешелъ въ этомъ случаѣ контроль, который принадлежалъ встарину всему роду. Кліентъ былъ обязанъ помогать своему патрону имущественно, когда этотъ послѣдній выдавалъ свою дочь замужъ, былъ постигнутъ бѣдностью или нуждался въ деньгахъ для выкупа своего изъ плѣна, для уплаты долговъ или покрытія издержекъ по отправленію общественной должности. Патронъ призывался къ наслѣдованію послѣ кліента, въ случаѣ если этотъ послѣдній не оставлялъ послѣ себя прямыхъ наслѣдниковъ [34]). Самое отношеніе патрона и кліента переходило на ихъ потомковъ, сначала—безъ ограниченія числа поколѣній.

Ограниченія отцовской власти.

§ 14. Лишая свободы или ставя въ зависимое положеніе однихъ, военный бытъ въ то же время способствовалъ эманципаціи другихъ лицъ, зависимое положеніе которыхъ имѣло свои корни въ семейно-родовыхъ условіяхъ жизни.

Военно-государственную власть интересовало положеніе сыновей въ семьѣ, ибо взрослый сынъ былъ воинъ, а въ малолѣтнемъ видѣли будущаго воина. Входя въ ряды войска, взрослые сыновья обладали политическими правами. Они участвовали въ народныхъ собраніяхъ и могли избираться въ магистраты. Сынъ—магистратъ, на все время своего нахожденія въ должности, былъ свободенъ отъ отеческой власти [35]). Ромулу—этому миѳическому устроителю военнаго быта—приписывается древнѣйшее ограниченіе отеческой власти. Преданіе повѣствуетъ про него, что онъ предоставилъ отцу полную

[33]) *Dig.* 2. 4 fr. 4 § 1; *Gai.* IV. 183.

[34]) *Gai.* III. 40... lex XII tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto.— *Ulp.* XXIX. I.—Послѣдующую исторію до Юстиніана см. у *Walter'a* II § 657 и слѣд.; для времени Юстиніана см. *Cod.* 6 4. 1. 4; конституція, которая находится здѣсь, передается въ *Inst.* 3. 6 § 10; 3. 7 § 3; 3. 9 § 6.

[35]) *Dig.* 1. 6 fr. 9.

власть надъ всыномъ. Отецъ, не взирая на возрастъ своего сына, могъ запереть его въ тюрьму, наказать тѣлесно или приставить, связаннаго, къ сельскимъ работамъ, или даже убить. Ромулъ, продолжаетъ преданіе, дозволилъ отцу также «продавать» сына, т.-е. отдавать въ чужія руки въ заработки или въ кабалу (mancipium). Однако отцу было дозволено извлекать подобнымъ образомъ выгоду изъ своей родительской власти не болѣе трехъ разъ; послѣ третьей продажи сынъ освобождался изъ подъ отеческой власти [36]). Нумѣ приписывается другое постановленіе; отецъ, дозволившій сыну жениться, лишался права продажи [37]). Законъ XII таблицъ повторилъ постановленіе Ромула [38]).

Ограниченіе права продажи возникло, повидимому, ранѣе ограниченія права жизни и смерти, по крайней мѣрѣ—относительно взрослыхъ сыновей. Убивался взрослый сынъ обыкновенно за какое-либо преступленіе, преступный сынъ не былъ нуженъ и въ войскѣ; напротивъ проданнымъ могъ быть сынъ достойный и годный къ военной службѣ. Для государства существовалъ прямой интересъ предохранить себя отъ потери подобнаго воина. Военнымъ вліяніемъ объясняется также срочность кабальнаго состоянія; повидимому, оно не могло тянуться долѣе пяти лѣтъ. Съ наступленіемъ ценза прекращалась кабальная зависимость и кабальные возвращались подъ власть своего первоначальнаго домовладыки [39]).—Жизнь малолѣтняго поколѣнія нуждалась въ государственной защитѣ болѣе, нежели жизнь взрослаго поколѣнія. Ромулъ, гласитъ преданіе, предписалъ обывателямъ воспитывать мужское поколѣніе и перворoдныхъ дочерей и запретилъ убивать дѣтей моложе трехлѣтняго возраста. Исключеніе было сдѣлано лишь для родившихся уродами. Родители могли предать ихъ смерти, однако не иначе, какъ предварительно засвидѣтельствовавъ уродство предъ пятью сосѣдями [40]). Позднѣе, въ республикѣ, злоупотреб-

---

[36]) *Dion.* 2, 26. 27 (leges regiae, Romulus, 10).
[37]) *Dion.* 2, 27; *Plut.* Numa 17 (leges regiae, Numa, 10).
[38]) *Gai.* I, 132; *Ulp.* X. 1. (leges XII tab. IV, 2).
[39]) *Gai.* I, 140; ср. *Ihering*, II § 32 прим. 274, § 46, прим. 703.
[40]) *Dion.* 2, 15 (leges regiae, Romulus, 11).

леніе правомъ жизни и смерти подлежало вѣдѣнію цензора или, какъ извѣстно изъ одного случая въ концѣ республиканскаго періода, могло привести виновнаго подъ уголовный судъ.

IV. Вліяніе общественныхъ различій.

Борьба сословій.

§ 15. Общественная и государственная исторія Рима въ теченіи четырехъ столѣтій (II—V) сосредоточилась, какъ около центра, вокругъ борьбы патриціевъ и плебеевъ. Въ связи съ этой борьбою стояло государственное устройство царя Сервія Туллія, соединившее военное начало съ имущественнымъ. Плебеи были введены въ составъ римскаго государства, однако—на правахъ, неравныхъ съ патриціями. Съ борьбой патриціевъ и плебеевъ преданіе соединило далѣе извѣстіе о паденіи царской власти, изъ той же борьбы вышла замѣчательная магистратура—народный трибунатъ и выросъ новый видъ народныхъ собраній (comitia tributa), получившій впослѣдствіи первенство въ римской государственной жизни. Экономическая борьба, происходившая внутри римскаго общества, и аграрныя волненія составляли только оборотную сторону сословной борьбы. Она вліяла на развитіе международныхъ отношеній, направляла ходъ гражданскаго правосудія и гражданскаго законодательства. Вообще сословная борьба сообщала по временамъ особое движеніе гражданскому обороту и правосудію. Такъ, законодательство XII таблицъ было ея продуктомъ, состоя въ непосредственной связи съ злоупотребленіями патриціанскихъ магистратовъ, — злоупотребленіями, вызванными тою же борьбою. Таинственность жреческой юрисдикціи (l. a. sacramenti), вызвавшая, въ качествѣ противовѣса, свѣтскія формы суда (l. a. per iud. postulationem), образовалась, конечно, не безъ связи съ особыми отношеніями, въ которыхъ находились патриціи и плебеи.

Возможно допустить, что не только борьба, но и самое различіе въ экономическомъ и политическомъ положеніи обоихъ сословій могло отразиться на гражданскомъ правѣ. По скудости данныхъ, мы однако не въ состояніи прослѣдить этотъ предметъ болѣе близко; во всякомъ случаѣ надо остерегаться увле-

ченій. Прежде всего надо помнить, что патриціи и плебеи — двѣ взаимно-противопоставленныя и борющіяся общины. Одна изъ нихъ отстаиваетъ свое исключительное обладаніе политическими правами, другая добивается участія въ этихъ правахъ. Рисовать самый бытъ и характеръ этихъ общинъ черезъ-чуръ различными красками не представляется достаточныхъ основаній. Въ литературѣ и на кафедрахъ сказывается иногда тенденція—представлять патриціевъ хранителями древней религіи и преданій, сплоченными въ роды съ аристократическимъ характеромъ, незнающими частной собственности; напротивъ плебеи—люди безъ роду и племени, безъ фамильныхъ преданій, разбитые на отдѣльныя семьи, участники въ живомъ гражданскомъ оборотѣ, представители развитаго индивидуальнаго начала, частной собственности и договора; плебеи внесли въ римскій міръ это начало и эти институты, отъ плебеевъ гражданское право распространилось въ римскомъ мірѣ. Однако уже a priori невѣроятно, чтобы въ дѣйствительности противоположность въ характерѣ и учрежденіяхъ достигала у патриціевъ и плебеевъ значительныхъ размѣровъ. Во время, когда жизнь была настолько проста, что не существовало особаго правственнаго различія въ господинѣ и рабѣ, когда обѣ сосѣдственныя общины состояли въ торговыхъ сношеніяхъ, подчиняясь однимъ и тѣмъ же экономическимъ условіямъ,—въ такое время смежное сожительство двухъ разнородныхъ, по характеру и жизни, общинъ представляется мало вѣроятнымъ. Какъ надо думать, самъ плебсъ, по крайней мѣрѣ въ своей значительной части, вышелъ изъ города патриціевъ (кліенты) или же составился изъ пришельцевъ, которые поселились подъ Римомъ въ виду военнаго и торговаго значенія этого города. Образуя одинъ государственный союзъ, патриціи и плебеи, хотя и состояли въ этомъ послѣднемъ на неравномъ положеніи, однако жили общею гражданскою жизнью, болѣе или менѣе одновременно претерпѣвая послѣдовательныя видоизмѣненія въ потребностяхъ и окружающихъ условіяхъ. Формы сдѣлокъ и судопроизводства, институты общаго и частнаго обладанія имуществомъ коренились равномѣрно въ патриціатѣ и плебсѣ [41]).

---

[41]) Ср. *Герингъ*, I § 14.

V. Вліяніе индивидуализма.

§ 16. Характеристическая черта древнѣйшаго общественнаго быта состоитъ въ полной нравственной зависимости отдѣльнаго лица отъ общества. Отдѣльная личность еще слишкомъ слаба, условія общежитія еще очень неразвиты для того, чтобы человѣкъ могъ существовать самостоятельно, не входя въ составъ какого-либо тѣснаго союза или не отдавшись подъ его покровительство. Но, съ другой стороны, эта сплоченность и взаимная защита были первымъ залогомъ развитія личности. Такимъ образомъ внутри самого общинно-родоваго быта зародился индивидуализмъ. Въ военной жизни, возбуждавшей личную доблесть, индивидуализмъ нашелъ новыя условія для своего развитія. Послѣдовавшее расширеніе государственной территоріи, умноженіе населенія и его потребностей, усложненіе отношеній, увеличеніе въ обществѣ запаса знаній и расширеніе кругозора развивали индивидуализмъ. Мало-по-малу онъ подрывалъ значеніе общественныхъ рамокъ, внутри которыхъ зачался, и содѣйствовалъ разложенію — сначала общинно-родоваго, а потомъ военнаго быта. По мѣрѣ своего развитія индивидуализмъ выразился въ хозяйственной, политической, умственной и нравственной жизни народа; на индивидуализмѣ основался новый, высшій культурный слой жизни. Въ политической области плебейскія собранія (comitia tributa) и народный трибунатъ представляли это новое теченіе; въ лицѣ народнаго трибуна росла, въ противоположность военной власти, гражданская власть, достигнувъ своего высшаго могущества въ послѣдніе вѣка республики. Возникшая впослѣдствіи власть императора была искаженіемъ столько же народнаго трибуната, сколько и военной магистратуры.

Къ области индивидуализма принадлежитъ по преимуществу развитіе гражданскаго права. Это послѣднее есть порядокъ юридическаго господства внутри общества. Такое начало было враждебно родовому быту и присущему ему общинному началу; вотъ почему исторія гражданскаго права была въ то

же время исторіей постепеннаго разложенія рода. — Почти исключительною связью гражданскаго права съ индивидуализмомъ объясняется между прочимъ и то, что религіозная форма не играла особой роли въ исторіи этого права. Религіозная форма — существенная принадлежность родоваго и военнаго быта, но не индивидуализма [42]).

---

§ 17. Познакомившись съ вліяніемъ различныхъ сторонъ общественнаго строя на первоначальное гражданское право, мы вмѣстѣ съ тѣмъ узнали составъ древнѣйшаго гражданскаго общества.

Выраженіе «гражданское общество» употребляется здѣсь въ особомъ, сравнительно съ обыкновеннымъ, смыслѣ. Гражданское общество есть совокупность всѣхъ лицъ, которые въ данное время и данномъ мѣстѣ участвуютъ въ образованіи гражданскаго права. Такое участіе принимаетъ двѣ формы: члены гражданскаго общества выступаютъ или въ качествѣ субъектовъ гражданскихъ правъ, или въ качествѣ власти, которая, по призыву субъектовъ, защищаетъ ихъ права.

Чтобы принадлежать къ древне-римскому обществу, лицо должно было удовлетворять тремъ требованіямъ: быть свободнымъ, гражданиномъ и домовладыкой.

1. Только свободныя лица входили въ составъ этого общества.

2. Въ средѣ свободныхъ, по началу политической исключительности, не принимались въ гражданское общество всѣ не граждане или перегрины (иностранцы). Только граждане были субъектами гражданскихъ правъ. Въ средѣ гражданъ различіе патриціевъ и плебеевъ, патроновъ и кліентовъ из-

---

42) Для вѣрнаго пониманія культурной роли индивидуализма надо правильно представлять себѣ его отношеніе къ общественности. Развитіе индивидуализма идетъ рука объ руку съ развитіемъ общественности, но никакъ не враждебно, что предполагается иногда обыденными представленіями объ этомъ предметѣ; см. подробнѣе *Муромцевъ*, Опредѣленіе и осн. разд. права, § 83.

давна потеряло свое значеніе, потому что всѣ они одинаково обладали гражданскими правами.

3. Изъ числа римскихъ граждань только домовладыка (pater familias), лицо независимое отъ посторонней власти (persona sui iuris), являлся въ качествѣ полноправнаго члена гражданскаго общества; только онъ могъ имѣть гражданскія права.

Достоинство лица, какъ гражданина, разумѣлось подъ caput; умаленіе этого достоинства составляло capitis deminutio. Древнѣйшее время знало двѣ степени такого умаленія: высшую (c. d. maxima) — лишеніе гражданства и свободы, и низшую (c. d. minima)—лишеніе семейнаго положенія. Современемъ, но уже довольно рано, должна была образоваться средняя степень, c. d. media.

Мы скажемъ объ этой степени умаленія правоспособности теперь же. Capitis deminutio media (или minor) содержитъ лишеніе римскаго гражданства и семейнаго положенія. Права, которыя установлены по римскому, квиритскому праву, уничтожаются; въ видѣ наказанія конфисковалось обыкновенно и то имущество, которое позднѣе можно было пріобрѣтать на основаніи ius gentium. Кредиторы получили, по преторскому эдикту, искъ противъ тѣхъ лицъ, къ которымъ переходило имущество лишеннаго гражданства.—Гражданство отнимается:

a) у изгнанныхъ изъ города Рима въ наказаніе. Сначала это совершалось въ формѣ запрещенія огня и воды (aquae et ignis interdictio), позднѣе же посредствомъ ссылки (deportatio in insulam);

b) у тѣхъ qui deficiunt, т. е. у перебѣжчиковъ и у объявленныхъ врагами особымъ закономъ или сенатскимъ постановленіемъ.

Гражданство отнималось также въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ (напр., при переселеніи въ чуждое государство или въ латинскія колоніи), но юристы не называли эти случаи c. d. media.

II.

Древнѣйшая исторія права собственности и гражданскаго оборота.

§ 18. Гражданскими правами называются такія отношенія, которыя защищаются не иначе, какъ по инициативѣ частныхъ лицъ—обладателей этихъ отношеній. Гражданскія права слѣдуетъ почесть уже извѣстными въ данномъ обществѣ, какъ скоро появилось индивидуальное обладаніе имуществомъ, защищенное юридически, — все равно, представлялось-ли оно въ формѣ права собственности, или въ формѣ индивидуальнаго пользованія вещами, которое выдѣлялось отдѣльнымъ лицамъ изъ общаго имущества. Но существенный прогрессъ въ развитіи гражданскаго права произошелъ лишь тогда, когда, кромѣ права защиты, къ субъектамъ индивидуальнаго обладанія перешло право распоряженія, т. е. тогда, когда гражданскія права не только защищались, но также устанавливались и прекращались по инициативѣ частныхъ лицъ.

Гражданскія права.

Каждый актъ субъекта, съ которымъ соединяется установленіе или прекращеніе права, есть юридическое дѣйствіе. Совокупность всѣхъ юридическихъ дѣйствій, которыя совершаются субъектами въ данномъ гражданскомъ обществѣ и въ предѣлахъ гражданско-правоваго порядка, составляетъ гражданскій оборотъ. Иначе говоря, гражданскій оборотъ есть совокупность всѣхъ актовъ распоряженія. Этотъ оборотъ не должно смѣшивать съ торговымъ оборотомъ. Съ одной стороны, торговый оборотъ уже, тѣснѣе гражданскаго оборота. Торго-

Гражданскій оборотъ.

вый оборотъ состоитъ изъ актовъ мѣны имущественныхъ благъ и потому не вмѣщаетъ въ себя дѣйствій безвозмездныхъ (дареніе, завѣщаніе), также дѣйствій, которыя выражаютъ обмѣнъ неимущественныхъ благъ, и наконецъ дѣйствій односторонних. Напротивъ всѣ названныя дѣйствія, производя каждое различныя гражданско-юридическія послѣдствія, входятъ въ гражданскій оборотъ на ряду съ актами мѣны. Акты мѣны составляютъ впрочемъ всегда главное содержаніе гражданскаго оборота и въ этомъ—его существенное сходство съ торговымъ оборотомъ. Дѣйствія преступныя не подходятъ подъ основное понятіе гражданскаго оборота. Посредствомъ преступныхъ дѣйствій лицо устанавляетъ право не для себя, но для другихъ, и потому только съ нѣкоторою натяжкою можно понимать подъ гражданскимъ оборотомъ и преступныя дѣйствія. Съ другой стороны, торговый оборотъ шире гражданскаго оборота, Всякое дѣйствіе, которое направлено къ обмѣну имущественныхъ благъ, безъ отношенія къ тому, обладаетъ-ли оно, или не обладаетъ юридическимъ характеромъ, принадлежитъ къ торговому обороту. Очень часто въ торговомъ оборотѣ практикуются такіе акты обмѣна, которые не пользуются никакою юридическою защитою.

Право собственности.

Возникновеніе гражданскаго оборота сплетается преимущественно съ началомъ частной собственности. Хотя и до возникновенія частной собственности индивидуальное пользованіе вещами могло служить предметомъ частныхъ сдѣлокъ, такъ что гражданскій оборотъ, въ своемъ зародышѣ, былъ, можетъ быть, не чуждъ и этому начальному состоянію гражданскаго права,—однако сколько-нибудь значительное развитіе оборотъ получилъ только съ возникновеніемъ, распространеніемъ и развитіемъ права частной собственности.

Въ Римѣ, какъ и всюду, частная собственность была продуктомъ постепеннаго историческаго развитія. Врядъ-ли древнѣйшій Римъ *вовсе* не зналъ частной собственности. Во всякомъ случаѣ, въ виду скудости историческихъ данныхъ, будетъ лучше отказаться отъ всякихъ предположеній на этотъ счетъ. Но тѣмъ не менѣе этихъ данныхъ достаточно для того, чтобы утверждать, что система общаго обладанія имуществомъ играла

когда-то въ Римѣ большую, если не преобладающую роль. Непосредственные остатки этой системы процвѣтали еще съ достаточною силою въ періодѣ республики. Съ другой стороны, право частной собственности далеко не достигло полнаго развитія еще въ такую эпоху, какова эпоха изданія XII таблицъ. Квиритская собственность не была еще настоящею собственностью, въ позднѣйшемъ смыслѣ этого термина.

Ager publicus.

§ 19. Первый остатокъ древнѣйшей системы общаго обладанія имуществомъ существовалъ въ видѣ родоваго имущества (res gentilicia, стр. 23). Общественная земля, принадлежащая цѣлому государству (ager publicus) [43]) служила вторымъ остаткомъ этой системы. Издревле упоминается объ этомъ видѣ имущества, въ особенности въ качествѣ общественнаго пастбища. Извѣстно, что повсюду выгоны позднѣе прочей земли поступили въ раздѣлъ. Въ Римѣ завоеванная земля, если только она не оставлялась въ распоряженіи побѣжденныхъ, поступала обыкновенно въ общую собственность всего государства. Въ качествѣ общественной, такая земля отводилась подъ пастбища, или же отдавалась въ аренду (agri vectigales), или наконецъ желающимъ предоставлялось обработывать и селиться на общественной землѣ съ обязательствомъ уплаты въ казну части дохода. Потомъ завоеванною землею стали пользоваться для устройства колоній (agri divisi ac assignati), а еще позднѣе допускали распродажу ея въ частныя руки (agri quaestorii) взамѣнъ оставленія въ рукахъ государства. Однако въ теченіи всего республиканскаго періода Римъ обладалъ значительнымъ количествомъ общественной земли. Во времена аграрныхъ волненій, которыми переполнена исторія римскаго общества, на общественную землю смотрѣли, какъ на могущественный источникъ для смягченія соціальнаго неравенства. Надежды, направленныя въ эту сторону, никогда не оправдались на дѣлѣ, но тѣмъ не менѣе самый взглядъ на таковое значеніе общественой земли, свидѣтельствуетъ,

---

[43]) *Niebuhr*, Römische Geschichte, II, «vom gemeinen Feld und dessen Nutzung»; *Schwegler*, Römische Geschichte, II, кн. 25: «das gemeine Feld etc.».

что таково именно было оно въ глубокой древности. Заслуживаетъ вниманія еще то упорство, съ которымъ, особенно въ позднѣйшія времена, сидѣвшіе на общественной землѣ отстаивали свои владѣнія и та относительная легкость, съ которою они обращали эти владѣнія почти въ полную собственность. Этотъ фактъ показываетъ, что ager publicus былъ не государственная собственность въ современномъ смыслѣ, но та общественная земля, на которой первоначальнымъ хозяиномъ была только община и которая потомъ, съ паденіемъ общиннаго быта и общиннаго владѣнія, стала присвоиваться частными лицами. Конецъ свой этотъ институтъ нашелъ только при императорахъ. Въ императорское время большая часть ager publicus была присвоена частными лицами, сидѣвшими на ней. Императоры Веспасіанъ и Титъ конфисковали, гдѣ могли, такія присвоенія и продали конфискованные участки опять въ частныя руки; наконецъ Домиціанъ раздарилъ оставшіяся части общественной земли владѣльцамъ сосѣднихъ участковъ.

Частная собственность.

§ 20. Древнѣйшія данныя о состояніи частной собственности въ свою очередь, свидѣтельствуютъ объ относительно-слабомъ развитіи ея въ первоначальномъ Римѣ.

Во время изданія законовъ XII таблицъ частная собственность была, несомнѣнно, институтомъ давно извѣстнымъ и распространеннымъ. Постановленія сказанныхъ законовъ о гражданскомъ судопроизводствѣ и сдѣлкахъ свидѣтельствуютъ о такомъ состояніи права, существенную принадлежность котораго составляетъ частная собственность. Однако къ тому же времени принадлежитъ рядъ институтовъ, которые указываютъ на существованіе большой зависимости собственника отъ прочихъ членовъ родовой общины, къ которой онъ принадлежалъ. Стало быть, собственность XII таблицъ далеко не была еще тѣмъ полнымъ, неограниченнымъ обладаніемъ, которымъ была позднѣйшая римская собственность, выработкою котораго прославилось римское право. Если же частное обладаніе было такимъ — въ эпоху изданія XII таблицъ, т. е. въ эпоху формированія квиритскаго права, то тѣмъ болѣе тѣснымъ оно должно было быть во времена, еще древнѣйшія. Первоначальная квиритская собственность

не связывалась со свободою *завѣщательныхъ распоряженій*. Завѣщанія совершались сначала не иначе, какъ открыто, передъ лицомъ всего народа, созваннаго въ народное собраніе (testamentum comitiis calatis) или выстроеннаго въ кругъ на полѣ сраженія (t. in procinctu). Народъ, повидимому, одобрялъ или отвергалъ завѣщаніе, которое вообще имѣло мѣсто въ исключительныхъ случаяхъ. Позднѣе вошло въ обычай завѣщаніе, которое совершалось предъ пятью свидѣтелями или пособниками (t. per aes et libram). Эти свидѣтели, призываемые, конечно, изъ состава той же общины, къ которой принадлежалъ и завѣщатель, не могли быть только страдательными участниками сдѣлки; въ ихъ одобреніи или неодобреніи выражался голосъ всей общины. Такіе же свидѣтели присутствовали при *отчужденіяхъ*, происходившихъ между живыми собственниками (mancipatio) [11]. Изъ того, что родичи выступали, по закону, *наслѣдниками* въ третьей линіи, непосредственно за ближайшимъ агнатомъ, что имъ, вслѣдъ за агнатами, принадлежало завѣдываніе имуществомъ сумасшедшаго, мы должны заключить, что имущественная связь каждаго отдѣльнаго члена рода съ своими сородичами, даже что̀ касается до имущества, состоявшаго въ частномъ обладаніи, далеко еще не была забыта во время изданія этого закона, и сила сказанной связи проявлялась вполнѣ въ устройствѣ квиритской *опеки*, весь смыслъ которой сводился къ неограниченному завѣдыванію опекуна, какъ представителя интересовъ рода, имуществомъ опекаемаго. Однимъ словомъ, *распоряженіе* имуществомъ, малолѣтняго и совершеннолѣтняго, при жизни и на случай смерти, носило на себѣ во время изданія XII таблицъ печать контроля и давленія, исходившихъ отъ всего народа или отъ членовъ отдѣльныхъ общинъ. Не ранѣе, какъ черезъ сто слишкомъ лѣтъ послѣ изданія XII таблицъ, кредиторы получили право обращать свои взысканія, помимо личности должника, непосредственно на его имущество (l. Poetelia) — свидѣтельство въ пользу того, что

---

[11]) Ср. особенно *Віоле*, О коллективномъ характерѣ первоначальной недвижимой собственности, Юрид. Вѣстн., 1882, № 5, стр. 31 и слѣд.

вплоть до V вѣка имущество не утратило вполнѣ своего семейно-родоваго характера. Стало-быть, относительно времени, предшествующаго XII таблицамъ, будетъ основательно допустить, что частное обладаніе имуществомъ состояло тогда подъ тѣснымъ и постояннымъ контролемъ народа, общины и семьи. Къ нему относились, какъ къ части общаго имущества, выдѣленной въ пользованіе семьи, и вовсе не признавали той свободы и неограниченности, которыя характеризовали позднѣйшую частную собственность.

Mancipium.

§ 21. Древнѣйшая юридическая терминологія характеризуетъ современное ей состояніе права собственности. Оно называлось mancipium и это слово не обозначало исключительно собственности. Имъ называлось также обладаніе лицами, которыя состояли въ кабальной зависимости. Торжественный способъ передачи собственности (mancipium или mancipatio) послужилъ прототипомъ для способовъ передачи другихъ правъ. По его образцу, не говоря уже объ установленіи сервитутовъ, свободныя лица передавались въ кабалу, жена передавалась отцомъ мужу (coemptio), должникъ поступалъ во власть кредитора (nexum), вся совокупность индивидуальнаго обладанія (familia) передавалась кому-либо на случай смерти (завѣщаніе). Понятія не были раздѣлены и подъ mancipium понимали вообще индивидуальное обладаніе. Мы въ правѣ заключить отсюда, что въ свое время не были раздѣлены еще и отдѣльныя формы самыхъ отношеній. Прошло не мало времени, пока индивидуальное обладаніе дифференцировалось, отдѣльныя формы его обособились и между ними выдѣлилось, какъ нѣчто особое, право частной собственности. Дифференцированіе названій произошло уже послѣ дифференцированія отношеній.

Зачатки гражданскаго оборота.

§ 22. На международныхъ ярмаркахъ надо искать зачатки гражданскаго оборота. «Ярмарки», разсказываетъ Моммсенъ «существовали въ Лаціумѣ издавна. На первыхъ порахъ онѣ, вѣроятно, шли объ руку съ международными сборищами и празднествами,—въ Римѣ легко, можетъ быть, съ праздникомъ Діаны въ союзномъ храмѣ на Авентинѣ. Латины, стекавшіеся по этому поводу въ Римъ каждый годъ къ

13 августа, могли удобно пользоваться этимъ, чтобы справить въ Римѣ свои дѣла и закупить все нужное. Такую же, если еще не бо́льшую важность, имѣло для Этруріи годичное собраніе въ храмѣ Вольтумны, въ области Вольсиній, — собраніе, которое въ то же время служило ярмаркой и было посѣщаемо исправно римскими купцами. Но изо всѣхъ италійскихъ ярмарокъ—важнѣйшая происходила у Соракта, въ рощѣ Ѳероніи. Аккуратно являлись сюда римскіе купцы и оскорбленія, наносимыя имъ, вели нерѣдко къ распрямъ съ Сабинами».

Внутри общинъ, при первомъ возникновеніи индивидуальнаго обладанія вещами, въ формѣ пользованія частями общаго имущества, передача правъ на вещи могла существовать, какъ случайное явленіе. Съ первыми успѣхами частной собственности и появленіемъ металла, какъ средства мѣны, образовалась внутренняя торговля и долговыя отношенія. Тогда гражданскій оборотъ получилъ постоянный и прочный характеръ. Мѣна и развившаяся изъ нея купля-продажа (въ формѣ манципаціи) и рядомъ съ ними заемъ (въ формѣ nexum) были главными, если не единственными, гражданскими сдѣлками эпохи, предшествующей изданію XII таблицъ. Но (какъ слѣдуетъ предположить) не всѣ вещи сдѣлались сразу предметомъ гражданскаго оборота и, стало быть, одно время не всѣ занимали одинаковое юридическое положеніе. Такимъ образомъ право частной собственности выработывалось особенно и не одновременно для различныхъ родовъ имущества. Прежде чѣмъ всѣ виды частнаго обладанія вещами объединились въ одномъ общемъ понятіи частной собственности, существовало нѣсколько видовъ этого права, разнаго происхожденія и развивавшихся неравномѣрно. Такое именно предположеніе слѣдуетъ сдѣлать, основываясь на извѣстномъ дѣленіи вещей на два разряда: на res mancipi и res nec mancipi [43]).

43) *Gai.* II, 14а и слѣд.; *Ulp.* XIX. 1 и сл.;—*Manhrun*, Ueber Ursprung und die Bedeutung der res mancipi und nec mancipi 1823; *Plange*, Ueber res mancipi und nec mancipi, 1858; *Муромцевъ*, О консерватизмѣ римской юриспруденціи, 1875; стр. 17—48.—О дѣленіи вещей на mancipi и nec mancipi мы знаемъ по

Res mancipi и res nec mancipi.

§ 23. Съ образованіемъ гражданскаго оборота обнаружилась противоположность предметовъ, созданныхъ природою, и предметовъ, сдѣланныхъ рукою человѣка. Въ экономическомъ быту, главное основаніе котораго состояло въ земледѣліи, вещи втораго рода,—куда относились одежда, оружіе, домашняя утварь и рабочія орудія,—были назначены не для того, чтобы служить предметомъ обмѣна. Нѣкоторые изъ этихъ вещей производились особыми ремесленниками, продукты которыхъ назначались, по всей вѣроятности, преимущественно для военнаго употребленія. Такъ, древнему Риму были извѣстны золотыхъ и мѣдныхъ дѣлъ мастера, плотники, валяльщики, красильщики, горшечники и сапожники. Они были соединены въ одну центурію и входили такимъ образомъ въ составъ войска, въ качествѣ организованной единицы. Частныя хозяйства сами выдѣлывали для себя необходимые предметы, получая нѣкоторое

преимуществу отъ юристовъ II и III вѣка по Р. Х., Гая и Ульпіана. Они относятъ въ особый классъ вещей mancipi: 1) италійскую землю съ строеніями, на ней находящимися; сюда принадлежатъ участки сельскіе и городскіе (praedia urbana et rustica) и также тѣ участки провинціальной земли, которымъ дарованы льготы квиритскаго права; 2) рабовъ; 3) быковъ, лошадей, муловъ, ословъ и 4) сельскіе сервитуты, т. е. права на сосѣдніе участки земли, каковы право прохода, проѣзда и т. п (по мнѣнію нѣкоторыхъ, только четыре изъ нихъ: via, iter, actus, aquaeductus). Прочія вещи составляютъ разрядъ вещей nec mancipi. На словахъ, юристы приписываютъ этому раздѣленію великое значеніе (magna differentia), на дѣлѣ же, въ ихъ время, оно сводится къ весьма малому. Это обстоятельство обнаруживаетъ, что юристы считаютъ дѣленіе важнымъ по традиціи, — что прежде, въ старину, его значеніе было, дѣйствительно, велико, но утратилось постепенно, и лишь по старой памяти повторялось въ юридическихъ памятникахъ.

Въ самомъ дѣлѣ, во время классической юриспруденціи все юридическое значеніе изложеннаго дѣленія вещей сводилось къ слѣдующему:

1. Наиболѣе древній изъ торжественныхъ способовъ передачи—mancipatio примѣнялся только къ вещамъ mancipi — отличительное свойство очень важное, но въ императорскомъ періодѣ утратившее свое значеніе, такъ какъ тогда манципація выходила постепенно изъ употребленія.

2. Позднѣйшій по происхожденію, другой торжественный способъ передачи—in iure cessio примѣнялся одинаково ко всѣмъ вещамъ.

пособіе и при раздѣлѣ военной добычи. Предметы эти, однажды пріобрѣтенные тѣмъ или другимъ способомъ, оставались надолго въ хозяйствѣ: обычнымъ переходомъ ихъ изъ рукъ въ руки былъ только переходъ по наслѣдству. Напротивъ вещи, созданныя природою, ранѣе другихъ предметовъ потеряли личную цѣну и обмѣнъ ихъ внутри общины сдѣлался обычнымъ явленіемъ. Сюда относились поземельные участки, рабы, рабочій скотъ (лошади, быки, мулы и ослы) и различныя права на пользованіе сосѣдними участками для прохода, проѣзда и т. п. (сельскіе сервитуты). При существованіи частной поземельной собственности, хотя и ограниченной, не обходились безъ обмѣна отдѣльныхъ участковъ земли. Что же касается до рабовъ и скота, то издревле эти вещи служили главнымъ предметомъ

---

3. Наконецъ неторжественная передача вещи, traditio, имѣла мѣсто лишь по отношенію къ вещамъ nec mancipi. Если кто-либо получилъ вещь mancipi посредствомъ традиціи, то не пріобрѣталъ квиритской собственности (dominium ex iure Quiritium); только по истеченіи давности устанавливалось это право. Однако преторъ защищалъ такого обладателя и до истеченія давностнаго срока и притомъ эта защита давалась какъ противъ третьихъ лицъ, такъ и противъ квиритскаго собственника, такъ что право этого послѣдняго превращалось въ «nudum ius Quiritium». Съ этимъ «nudum ius» связывались однако нѣкоторыя дѣйствительныя правомочія: опека надъ вольноотпущенными принадлежала во всякомъ случаѣ квиритскому собственнику; только квиритскій собственникъ, отпуская своего раба на волю, могъ даровать ему полноправное гражданство (ограниченіе тенденціозное, l. Aelia Sentia) (гл. XV и XVIII); при дареніяхъ, совершенныхъ вопреки закону Цинція (lex Cincia) положеніе квиритскаго и бонитарнаго собственника было не одинаково (гл. XVII).

4. Согласіе опекуна было необходимо для дѣйствительности отчужденія, которое женщина предпринимала относительно вещей mancipi; напротивъ, вещами nec mancipi женщина располагала сама.

На разборѣ этихъ фактовъ, при сопоставленіи ихъ съ другими обстоятельствами, должно быть построено предположеніе о происхожденіи самаго дѣленія вещей. Этому предположенію не можетъ быть приписана полная достовѣрность, ибо ея невозможно достигнуть въ настоящемъ случаѣ вслѣдствіе скудости источниковъ. Точно такъ же невозможно съ полною достовѣрностью возстановить вообще всю последующую исторію дѣленія вплоть до конца республики. Достовѣрнымъ представляется здѣсь только то, что засвидѣтельствовано непосредственно источниками.

торговли по всей Италіи, а быки и овцы играли отчасти ту роль, которая перешла потомъ къ металлу.

Вещи, по предположенію, прежде другихъ вещей вошедшія въ гражданскій оборотъ и извѣстныя подъ именемъ res mancipi, — въ томъ видѣ, какъ онѣ перечисляются позднѣйшими юристами (см. выше примѣч. 45) составляютъ законченную групу предметовъ съ чисто земледѣльческимъ характеромъ. Расширять ее для древняго времени почти нѣтъ нужды. Мелкія домашнія животныя, неупоминаемыя въ числѣ res mancipi, могли быть забыты позднѣйшими юристами, а также очень можетъ быть, что вышеприведенное перечисленіе животныхъ вообще есть только примѣрное. Контраверза о молодыхъ животныхъ, которую приводитъ Гай [46]), по всей вѣроятности, составляетъ результатъ позднѣйшаго теоретическаго измышленія и въ мнѣніи юристовъ, утверждавшихъ, что возрастъ животныхъ не имѣетъ значенія при отнесеніи ихъ въ разрядъ res mancipi, выразился практическій взглядъ стараго времени. Дикія животныя, добытыя охотой, шли въ древнее время на личное потребленіе. Наконецъ хлѣбное зерно, при скудости римской почвы и при постоянной потребности въ заграничномъ подвозѣ, едва-ли могло составлять видный предметъ внутренней торговли, а если и было таковымъ, то отличалось отъ res mancipi тѣмъ, что, разъ пріобрѣтенное въ частное хозяйство, исчезало въ немедленномъ потребленіи. То же самое надо сказать о прочихъ припасахъ, обращеніе которыхъ въ торговлѣ этого времени можетъ быть предположено. Во всякомъ случаѣ предметы этого рода не принадлежали къ области взаимнаго обмѣна частныхъ хозяйствъ, которыя ограничивались ихъ покупкою для своего непосредственнаго потребленія изъ складовъ, принадлежавшихъ монополистамъ и государственной казнѣ. При такомъ состояніи торговля этого рода стояла гораздо ближе къ сферѣ государственныхъ отно-

---

[46]) *Gai.* II. 15.... statim ut nata sunt mancipii esse putant; Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea mancipii esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri mancipii esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, qua domari solent.

шеній, нежели къ гражданской области и должна была регулироваться государственными опредѣленіями,—что, дѣйствительно, и было въ Римѣ. Между частными лицами рѣдко могъ произойти споръ о принадлежности или о способѣ пріобрѣтенія мѣшка пшеницы или горсти соли, а потому суду было мало дѣла до предметовъ этого рода.

§ 24. Ко времени изданія XII таблицъ долженъ былъ окончательно сформироваться вышеописанный дуализмъ въ правѣ собственности. Итакъ, съ одной стороны, существовало наиболѣе развитое право собственности, mancipium. Его предмѣты (res mancipi) были предметы гражданскаго оборота; такова недвижимая собственность (и сервитуты), а изъ движимостей рабы и рабочій скотъ. Съ другой стороны, существовала собственность, менѣе развитая и безъ имени. Ея предметомъ служили всѣ прочія вещи (res nec mancipi). Къ mancipium относился особый способъ пріобрѣтенія.

Mancipatio.

Именно передача вещей mancipi изъ рукъ въ руки происходила посредствомъ манципаціи (mancipatio) [47]). Это, какъ удостовѣряютъ источники, была форма пріобрѣтенія, составлявшая исключительную принадлежность этихъ вещей.

«Въ присутствіи не менѣе, чѣмъ пятерыхъ свидѣтелей изъ «числа совершеннолѣтнихъ римскихъ гражданъ», разсказываетъ Гай [48]) «и кромѣ того еще одного лица такихъ же ка«чествъ, которое держитъ въ рукахъ бронзовые вѣсы, пріобрѣ«тающій право говоритъ, имѣя въ рукахъ мѣдь [49]): утверждаю, «что этотъ человѣкъ (или вещь) мой по праву Квиритовъ и «что онъ покупается мною посредствомъ этого металла и мѣд«ныхъ вѣсовъ. Потомъ онъ прикасается металломъ къ вѣсамъ «и отдаетъ его отчуждающему». Въ такомъ видѣ манципація служила для того, что̀ мы называемъ передачею права. Но

---

47) *Bechmann*, Der Kauf, 1876, I, стр. 47—233.

48) I. 119.

49) «aes tenens»; по другому чтенію «rem tenens», т. е. пріобрѣтающій имѣетъ въ рукахъ самую вещь, что̀ также вѣроятно. Во всякомъ случаѣ извѣстно, что пріобрѣтающій долженъ былъ схватить рукою пріобрѣтаемый предметъ, откуда, по объясненію Гая (I. 121), произошло самое названіе манципаціи.

самое понятіе передачи представляется въ сдѣлкѣ еще плохо сознаннымъ. Вся сдѣлка отличается одностороннимъ характеромъ. Въ ней одно лицо не передаетъ другому своего права, но покупщикъ просто присвояетъ себѣ право на проданную вещь, каковой захватъ узаконяется отсутствіемъ протеста со стороны продавца. Передача—понятіе позднѣйшее, искусственное и отвлеченное; оно незнакомо древнѣйшему юристу.—Что касается далѣе до расплаты покупщика съ продавцомъ, то во время Гая она производилась въ манципаціи чеканенными деньгами и весь обрядъ съ кусочкомъ мѣди имѣлъ только символическое значеніе. Вотъ почему Гай прибавляетъ, что металлъ передается «какъ бы означая покупную сумму (quasi pretii loco)». Но во время, болѣе древнее, чеканенныхъ денегъ не знали и расплачивались слитками мѣди. При такихъ условіяхъ передача ея изъ рукъ въ руки въ обрядѣ манципаціи имѣла не символическое, но дѣйствительное значеніе. По всей вѣроятности, тогда послѣ произнесенія манципаціонныхъ словъ слѣдовало не прикосновеніе къ вѣсамъ кускомъ металла (какъ въ описаніи Гая), но взвѣшиваніе его. Чеканенныя деньги были введены около времени изданія XII таблицъ, можетъ быть, одновременно съ ихъ изданіемъ; тогда взвѣшиваніе металла и вообще вся процедура съ кускомъ мѣди въ манципаціи потеряла свое значеніе. Однако къ старой формѣ существовало такое уваженіе, что она не была измѣнена и расплата деньгами происходила внѣ манципаціи, до или послѣ нея. Такъ какъ вещь переходила въ собственность покупщика уже силою манципаціи, то, въ устраненіе злоупотребленій съ его стороны, въ XII таблицахъ было постановлено, что манципація, не сопровожденная уплатою денегъ, недѣйствительна. Таково было, вѣроятно, первоначальное значеніе постановленія, о которомъ мы знаемъ только изъ юстиніановыхъ институцій [50]) и которое въ позднѣйшее время имѣло другой смыслъ. Именно, съ развитіемъ купли-продажи въ кредитъ (врядъ-ли обычной во время изданія законовъ XII таблицъ), оно преобразовалось въ правило, по которому вещь, проданная

---

[50]) Inst. 2. 1 § 41.

и переданная, только тогда поступаетъ въ собственность покупщика, когда онъ уплатитъ за нее покупную сумму, если только эта послѣдняя не довѣрена ему продавцомъ въ кредитъ, т. е. если долгъ по куплѣ не замѣненъ долгомъ по другому юридическому основанію, наприм., по стипуляціи и т. п. [51]).

Какъ скоро по манципаціи вещь была передана и деньги за нее уплачены, то передавшій ее отвѣчалъ (въ силу самой манципаціи) передъ пріобрѣтателемъ въ случаѣ, если третье лицо оспаривало у пріобрѣтателя принадлежность вещи. Въ такомъ случаѣ, передавшій долженъ былъ въ томъ процессѣ, который подымался противъ пріобрѣтателя, выступить какъ его пособникъ (auctor, отъ augere) и принять на себя неблагопріятныя послѣдствія процесса. Въ случаѣ пренебреженія этою обязанностью передавшій отвѣчалъ предъ пріобрѣтателемъ по иску, который назывался actio auctoritatis и велъ ко взысканію двойной покупной цѣны, уплаченной за вещь при ея манципаціи [52]).

Манципація, по формѣ своей, купля-продажа. Таково ея первоначальное значеніе. Но потомъ она стала вообще способомъ пріобрѣтенія права собственности, такъ что употреблялась и въ другихъ случаяхъ, помимо купли-продажи. Какъ скоро это произошло, первоначальная форма потеряла дѣйствительное значеніе, и Гай называетъ манципацію «воображаемою» продажею (imaginaria quaedam venditio), продажею по виду (Scheingeschäft).

Сдѣлки per aes et libram.

§ 25. Вышеописанная форма сдѣлки не употреблялась только для передачи вещей mancipi; это была общая форма, которою пользовались во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ устанавливалось гражданское право путемъ передачи его предмета. Такимъ же образомъ совершался заемъ. Хотя до насъ не дошло никакого описанія этой послѣдней сдѣлки, игравшей столь

51) Продавецъ объявлялъ, что покупная сумма имъ получена и въ то же время обязывалъ покупщика на уплату такой же суммы посредствомъ стипуляціи — совершенно точно такъ же, какъ въ наше время пишутъ въ купчей крѣпости о полученіи денегъ сполна и въ то же время получаютъ отъ покупщика заемное письмо или иной документъ на недоплаченное.

52) См. *P. F. Giraud*, L'action auctoritatis, въ Nouvelle revue historique de droit, 1882, стр. 180—218.

важную политическую и гражданскую роль въ древнѣйшемъ Римѣ, но мы знаемъ однако, что заемъ совершался тогда по типу сдѣлокъ посредствомъ мѣди и вѣсовъ (per aes et libram). Стало быть, въ присутствіи пяти свидѣтелей и шестаго вѣсовщика взвѣшивался металлъ, отдаваемый взаймы, и кредиторъ произносилъ торжественныя слова. Въ этихъ словахъ должно было содержаться осужденіе отвѣтчика («damnas esto»): Весь обрядъ повторялся, но съ перемѣною въ роляхъ главныхъ участниковъ сдѣлки, когда слѣдовала уплата по займу. Это — solutio per aes et libram, — способъ уничтоженія долга, установленнаго per aes et libram. У Гая [53]) сохранилась формула этого акта. При обычной обстановкѣ (5 свидѣтелей, libripens, вѣсы и т. д.) должникъ, обращаясь къ кредитору, произносилъ торжественныя слова; въ нихъ онъ объявлялъ себя свободнымъ отъ долга посредствомъ уплаты металла, который тутъ же передавалъ въ руки кредитора.

Точно такъ же, съ соблюденіемъ всей манципаціонной формы мужъ пріобрѣталъ супружескую власть надъ женою, что̀ называлось coemptio. Было въ обычаѣ, что при этомъ супруги взаимно спрашивали другъ друга о желаніи стать pater и mater familias. Жена покупалась мужемъ; при Гаѣ и, конечно, много раньше это имѣло символическое значеніе, но въ древнѣйшее время должно было соотвѣтствовать дѣйствительности. По всей вѣроятности, продавцомъ являлся тогда отецъ невѣсты или ея опекунъ, при Гаѣ же, отъ котораго мы знаемъ о coemptio [54]), покупка жены имѣла только символическое значеніе.

Наконецъ въ манципаціонной формѣ стало совершаться завѣщаніе (testamentum per aes et libram). Рѣчь объ этой сдѣлкѣ впереди.

Фазы права собственности.

§ 26. Итакъ изъ числа предметовъ индивидуальнаго обладанія часть ихъ (res mancipi) ранѣе другихъ вошла въ гражданскій оборотъ; mancipatio служила формою, въ которой вещи передавались изъ рукъ въ руки. На этомъ мы пока остановимся въ исторіи права собственности; дальнѣйшія преобра-

[53]) III, 173. 174.

[54]) I, 113 и слѣд.

зованія будутъ описаны подробно въ своемъ мѣстѣ, теперь же достаточно будетъ ихъ краткаго обозначенія:

1. Для судебной защиты mancipium'а или манципаціонной собственности образовался особый искъ — виндикація (rei vindicatio). Это случилось, повидимому, до изданія XII таблицъ. Неманципаціонная собственность продолжала нѣкоторое время защищаться исками противъ вора (a. furti), которые сначала были единственнымъ средствомъ судебной защиты всякой собственности (глава IV).

2. Вещи nec mancipi проникли постепенно въ гражданскій оборотъ. Можетъ быть, въ связи съ этимъ обстоятельствомъ выработался для передачи вещей новый способъ — цессія (in iure cessio), который потомъ является въ качествѣ способа, общаго всѣмъ вещамъ. Появленіе цессіи и примѣненіе ея къ res mancipi знаменовало новый шагъ въ распаденіи общинно-родоваго начала. Въ цессіи отчужденіе не контролировалось свидѣтелями, какъ въ манципаціи, и потому было относительно свободнѣе (глава VI).

3. Вступленіе въ оборотъ вещей nec mancipi придало юридическую силу и акту традиціи. Наконецъ виндикація была примѣнена къ вещамъ nec mancipi. Такимъ образомъ, въ судебномъ отношеніи, сгладилось различіе манципаціонной и неманципаціонной собственности (глава X).

4. Взысканіе кредитора, со времени закона Петелія, стало обращаться непосредственно на имущество должника. Семейный характеръ частнаго имущества былъ подорванъ этимъ въ значительной степени (глава IX).

5. Акты дарственнаго и посмертнаго распоряженія имуществомъ эманципировались позднѣе, нежели акты мѣноваго оборота. Это произошло тогда, когда они вышли изъ подъ контроля общины и подчинились контролю законодателя (глава XVII).

6. Оживленіе гражданскаго оборота, происшедшее въ послѣдніе вѣка республики, довело наконецъ право частной собственности до полнаго его развитія (глава XXII), а формальныя условія, при которыхъ происходило тогда правовое развитіе отразились на этомъ правѣ въ видѣ дѣленій его, неизвѣстныхъ древности (глава XV).

III.

Древнѣйшая исторія гражданскаго правосудія.

Если уже въ древнѣйшее время было извѣстно индивидуальное обладаніе, въ той или другой формѣ; если часть вещей обращалась тогда въ гражданскомъ оборотѣ, то, конечно, возникали также споры и столкновенія по поводу гражданскихъ правъ. Какая же власть ограждала правовой порядокъ?

Гражданско-правовая власть.

§ 27. Гражданское общество (см. 45 стр.) состоитъ изъ субъектовъ гражданскихъ правъ и изъ представителей гражданско-правовой власти. Такими представителями являются лица и учрежденія, которыя, по призыву субъектовъ, охраняютъ ихъ гражданскія права отъ нарушеній дѣйствіями другихъ субъектовъ. Замѣтимъ, что эта охрана направлена именно противъ дѣйствій субъектовъ, но не другихъ лицъ, напримѣръ, рабовъ или безправныхъ иностранцевъ. Съ этими послѣдними лицами каждый расправляется самъ, не стѣсняясь никакими юридическими предписаніями, и юридическую регламентацію подобная расправа получаетъ лишь въ томъ случаѣ, если въ насиліи надъ рабомъ или иностранцемъ усматриваютъ оскорбленіе для другаго, полноправнаго лица, или же тогда, когда за рабами и иностранцами начинаютъ признавать гражданское достоинство. — Представители власти дѣйствуютъ въ качествѣ представителей общественнаго авторитета, и въ историческомъ развитіи учрежденій, представляющихъ власть, мы замѣчаемъ постоянное дифференцированіе. Дѣятельность ихъ сводится къ

двумъ главнымъ актамъ: къ отысканію порядка, которому должна слѣдовать охрана правъ, и къ осуществленію этого порядка въ каждомъ данномъ случаѣ. Оба акта, сливаясь обыкновенно въ одно нераздѣльное цѣлое, совершаются первоначально лицами, которыя выступаютъ въ качествѣ случайныхъ (хотя, въ каждомъ данномъ случаѣ, особо для сего назначенныхъ) выразителей общественно-юридическаго сознанія. Со временемъ такія лица смѣняются учрежденіями, которыя служатъ постоянными выразителями общественнаго мнѣнія, назначенными особо для цѣлаго ряда однородныхъ случаевъ. Съ дальнѣйшимъ теченіемъ времени учрежденія распадаются на двѣ категоріи: законодательныя учрежденія сосредоточиваютъ свою дѣятельность по преимуществу на отысканіи надлежащаго порядка гражданско-правовой охраны, судебныя же по преимуществу осуществляютъ этотъ порядокъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ. Законодательныя учрежденія формулируютъ юридическія нормы, судебныя — постановляютъ судебныя рѣшенія. Однако, какъ будетъ видно изъ всего послѣдующаго изложенія, это раздѣленіе въ дѣятельности представителей власти не простирается далѣе извѣстныхъ предѣловъ. Еще надо замѣтить, что учрежденія не вытѣсняютъ совершенно собою случайныхъ выразителей общественно-юридическаго сознанія, такъ что мы встрѣчаемъ ихъ даже въ наиболѣе высокихъ, по своему развитію обществахъ, въ особенности въ примѣненіи къ актамъ законодательной дѣятельности. — Впрочемъ въ такихъ обществахъ гражданско-правовая власть, насколько она выражается въ особыхъ учрежденіяхъ, входитъ вообще въ составъ государственной власти. Только въ весьма ограниченныхъ предѣлахъ нѣкоторые общественные круги обладаютъ своими правообразующими учрежденіями, независимыми отъ государственной власти (напр., у насъ судъ стариковъ). Въ другомъ направленіи подобное раздвоеніе вызывается образованіемъ международныхъ судовъ.

Гражданское общество и государство.

Предѣлами, въ которыхъ дѣйствуетъ гражданско-правовая власть, опредѣляются предѣлы гражданскаго общества. Они совпадаютъ съ предѣлами государственнаго союза, когда гражданско-правовая власть сливается съ государственною властью.

Но когда воздѣйствіе гражданско-правовой власти выходитъ за предѣлы государственнаго союза, распространяясь, напримѣръ, на иностранцевъ (дарованіе гражданскихъ правъ иностранцамъ), тогда означенные предѣлы расходятся и гражданское общество не равно государственному союзу. Одно и то же лицо легко становится въ такомъ случаѣ членомъ двухъ гражданскихъ обществъ. Такъ, римлянинъ временъ республики, оставаясь субъектомъ гражданскаго права въ Римѣ, въ то же время могъ входить въ составъ столькихъ гражданскихъ обществъ въ Италіи, со сколькими государствами Римъ открывалъ commercium и т. п. Точно такъ же при существованіи внутри государства гражданско-правовой власти, независимой отъ власти государственной, внутри главнаго гражданскаго общества образуется самостоятельное, второстепенное общество, члены котораго легко входятъ одновременно и въ составъ главнаго.

Гражданское правосудіе.

Гражданскимъ правосудіемъ мы называемъ дѣятельность представителей гражданско-правовой власти, какъ законодательной, такъ и судебной. Гражданскій оборотъ (§ 18) и правосудіе обнимаютъ всѣ формы, въ которыхъ дѣйствуетъ гражданское общество.

I. Гражданское правосудіе до образованія постоянныхъ органовъ суда.

Пособники (testes).

§ 28. Въ древнѣйшее время участіе государственной власти въ гражданскомъ правосудіи было еще неизвѣстно; государственный гражданскій судъ—явленіе позднѣйшее. Государство не охватывало еще общественной жизни такъ всесторонне, какъ это происходитъ позднѣе. Государство того времени—военный союзъ, военная организація, которая образовалась, оставивъ почти неприкосновенною первоначальную общественную организацію; государство сплотило сначала воедино болѣе мелкія общественныя единицы (роды) и только потомъ разрушило ихъ замкнутость, ослабило ихъ сплоченность, высвободило отдѣльную личность изъ подъ подчиненія роду и подчинило ее непосредственно себѣ. Назначеніе первоначальнаго

государства—военная дѣятельность; государство состояло изъ учрежденій военныхъ. Область гражданскаго оборота и правосудія была сначала чужда такому, военному государству; гражданскихъ судей выставляла община, но не государство. Такими судьями являлись члены общины, которыхъ тяжущіеся привлекали къ совершенію своихъ сдѣлокъ, какъ пособниковъ [35]). На существованіе названныхъ пособниковъ намъ указываютъ свидѣтели (testes), которые сопутствовали каждой сдѣлкѣ манципаціоннаго типа (per aes et libram). При заключеніи брака (coemptio), пріобрѣтеніи вещей и сервитутовъ (mancipatio), при заключеніи займа (nexum), уплатѣ по займу (solutio per aes et libram) и наконецъ при завѣщаніи (testamentum per aes et libram) присутствовали свидѣтели въ числѣ пяти [36]), не считая шестаго, вѣсовщика (libripens). Тѣ же свидѣтели выступали также въ судопроизводствѣ (litis contestatio). При совершеніи брака въ религіозной формѣ (confareatio) присутствовали десять свидѣтелей. Въ позднѣйшемъ правѣ эти лица были, дѣйствительно, свидѣтели, т. е. они подтверждали предъ судомъ совершеніе данной сдѣлки и ея содержаніе; на основаніи ихъ показанія судъ признавалъ или не признавалъ сдѣлку. Но въ древнѣйшее время свидѣтели были пособниками: они играли активную роль, какъ при совершеніи сдѣлки, такъ и при приведеніи ея въ исполненіе. При совершеніи сдѣлки они оцѣнивали ея содержаніе и, если одобряли его, то поручались предъ заинтересованною стороною въ исполненіи сдѣлки.

---

35) *Ihering*, I, § 11 в.

36) Числа пять и десять имѣли въ Римѣ особое значеніе. Народъ раздѣлялся на пять классовъ, въ сдѣлкахъ участвовали пять свидѣтелей (ср. также стр. 41, прим. 40), цензъ производился каждыя пять лѣтъ, патриціанскія трибы раздѣлялись на десять курій, каждая изъ курій—на десять родовъ, время измѣрялось десятками дней (декады). Счетъ по пальцамъ лежалъ въ основаніи этого счисленія, точно такъ же, какъ счетъ по числу планетъ (семь) служилъ основаніемъ счисленія семитическихъ народовъ. Поэтому нѣтъ надобности для объясненія пяти свидѣтелей прибѣгать къ какимъ-либо особымъ соображеніямъ и предполагать, напримѣръ, въ свидѣтеляхъ представителей пяти классовъ. Пять свидѣтелей, такъ же какъ и пять классовъ были произведеніемъ одной общей причины: особаго значенія числа пять.

Когда заходила рѣчь о соблюденіи сдѣлки, тогда эти *«поручники»* силою своего авторитета, а подчасъ и кулака, принуждали непокорную сторону къ исполненію договора, ею совершеннаго. Считалось постыднымъ отказаться въ такомъ случаѣ отъ пособничества и тотъ, кто дозволялъ себѣ это, объявлялся безчестнымъ и неспособнымъ къ пособничеству[57]). Этимъ первоначальнымъ значеніемъ свидѣтелей объясняются нѣкоторыя постановленія, сохранившія силу еще въ періодъ императорскій. Такъ, при составленіи завѣщаній, женщина не считалась годною къ свидѣтельству [58]), близкое же родство, напротивъ, еще ко времени Юстиніана не успѣло сдѣлаться безусловнымъ къ тому препятствіемъ [59]). Женщина, конечно, плохой поручникъ, такъ какъ она не обладаетъ нужною для того физическою силою; близкій родственникъ и въ особенности домашній (testimonium domesticum)—наилучшій поручникъ, ибо никто не принимаетъ такого близкаго участія въ дѣлахъ пріобрѣтателя или контрагента, какъ его родственникъ.

Значеніе юридической сдѣлки.

§ 29. Институтъ пособниковъ связываетъ древнѣйшее гражданское правосудіе съ тѣмъ, еще болѣе древнимъ состояніемъ, когда разбирательство споровъ шло по пути самоуправства. Авторитетъ пособника—прежде всего авторитетъ дружбы и кулака. По дружбѣ, основанной обыкновенно и на общности интересовъ, какъ сородичъ или сосѣдъ, пособникъ принимаетъ участіе въ сдѣлкѣ; ручаясь за нее, онъ тѣмъ самымъ одобряетъ ея содержаніе. Силою кулака вынуждаетъ онъ потомъ ослушную сторону къ повиновенію. Постепенно авторитетъ пособника видоизмѣняетъ свой первоначальный характеръ; Нравственная сила присоединяется къ силѣ кулака. Какъ всякій отдѣльный членъ общины, пособникъ зависитъ въ своихъ сужденіяхъ и поступкахъ отъ общественнаго мнѣнія; онъ выражаетъ это мнѣніе и пріобрѣтаетъ значеніе представителя интересовъ и мнѣній общины Присутствуя при совершеніи

[57]) Leges XII tab., VIII, 22.

[58]) *Inst.* 2. 10 § 6.

[59]) *Dig.* 28. 1 fr. 20 § 2: Per contrarium quaeri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. et Marcellus scribit posse.—Ср. *Gai.* II. 106; *Inst.* 2. 10 § 9.

сдѣлки и ручаясь за ея исполненіе, онъ теперь одобряетъ ее не только отъ себя, но отъ лица общины; онъ какъ бы контролируетъ соглашеніе сторонъ. Сдѣлка, составленная при его участіи, опредѣляетъ, *какъ* надо поступить при данной обстановкѣ дѣла; сдѣлка опредѣляетъ для даннаго случая правовой порядокъ, въ той или другой мѣрѣ зависимый отъ прецедентовъ. Когда же, вслѣдствіе ослушанія одной изъ сторонъ, возникаетъ споръ, тогда пособникъ указываетъ факты, за силу которыхъ онъ поручился. Онъ указываетъ, кто кому передавалъ вещи, кто у кого бралъ деньги, и на основаніи сдѣлки требуетъ, чтобы эти факты повели за собою установленныя въ ней послѣдствія.

Сдѣлка служитъ въ это время настоящимъ «источникомъ права, въ ней *формулируется* юридическая норма, — только не сразу, а путемъ послѣдовательной разработки ряда случаевъ. Одинаковыя сдѣлки повторяются, повторяются одинаковыя рѣшенія, образуется сила прецедента и складывается обычное право. Будучи повторена въ сотый или тысячный разъ, сдѣлка не создаетъ новую норму, но лишь *примѣняетъ* норму, сложившуюся прежде при ея же содѣйствія, а теперь перешедшую въ обычай. Незамѣтно, въ каждой новой сдѣлкѣ что-либо новое можетъ присоединяться къ старому и тогда сдѣлка выступаетъ въ качествѣ средства, которое видоизмѣняетъ обычай.

Никогда не утрачиваетъ сдѣлка своего творческаго значенія. Мы встрѣчаемъ ее въ этой роли и въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ; мы встрѣчаемъ ее въ той же роли въ современномъ правѣ, когда главнымъ и могучимъ источникомъ юридическихъ нормъ является законодательство. Всѣ законодательства допускаютъ и охраняютъ договоры, какого бы то ни было содержанія (хотя бы прямо не предусмотрѣнные закономъ), подъ тѣмъ лишь условіемъ, чтобы они не противорѣчили общимъ началамъ дѣйствующаго въ странѣ права; въ сущности, этимъ самымъ признается творческая роль договора и открывается возможность вводить въ гражданскую жизнь такія формы правовыхъ отношеній, которыя дотолѣ были ей совершенно неизвѣстны.

Остатки въ поздн. правѣ.

§ 30. До насъ не дошло описанія какихъ-либо судопроизводственныхъ формъ того періода, о которомъ мы говоримъ въ настоящее время. Но среди древнѣйшихъ формъ, сохранившихся въ законахъ XII таблицъ и въ позднѣйшемъ правѣ, мы находимъ также формы, происхожденіе которыхъ связано, несомнѣнно, съ вышеописанною ролью пособниковъ. Вотъ почему будетъ умѣстно сказать объ этихъ формахъ теперь же. Въ законодательствѣ XII таблицъ сюда относятся акты торжественнаго самоуправства [60]). Они не случайныя проявленія расправы, но правильно организованныя формы судопроизводства. Важнѣйшій случай изъ нихъ представляетъ судопроизводство посредствомъ наложенія руки *(legis actio per manus iniectionem)*. Оно назначено для взысканія кредиторомъ долга съ неисправнаго должника. Вѣроятно, въ сопровожденіи лицъ, которыя были поручниками по займу (nexum), кредиторъ настигалъ своего должника и налагалъ на него руку, произнося соотвѣтственныя случаю торжественныя слова. Въ этихъ словахъ выражалось полное осужденіе отвѣтчика: онъ былъ осужденъ уже самою сдѣлкою, одобренною пособниками, а потому не имѣлъ права защищаться самолично. Должнику надлежало повиноваться безпрекословно кредитору, склоняясь предъ авторитетомъ пособниковъ, сопровождавшихъ этого послѣдняго. За должника могъ заступиться кто-либо изъ постороннихъ; это — виндексъ (vindex). Такой заступникъ являлся представителемъ родовыхъ и семейныхъ узъ, связывавшихъ римскихъ гражданъ: онъ принималъ заступничество въ хозяйственныхъ и нравственныхъ интересахъ своего рода и семьи. Виндексъ замѣщалъ должника и открывалъ процессъ съ кредиторомъ; въ случаѣ проигрыша дѣла заступникъ, не облегчая участи должника, самъ осуждался къ уплатѣ долга, существованіе котораго такъ неудачно оспаривалъ. Дальнѣйшія подробности были установлены окончательно, вѣроятно, только XII таблицами и мы изложимъ ихъ въ своемъ мѣстѣ.

L. a. per manus iniectionem.

---

[60]) *Gai.* IV. 21; 26—29; *Dig.* 2. 4—7; *Leg. XII tab.* Tabula I; *Lenel* въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, XV, 1881, стр. 43—54.

L. a. per pignoris capionem.

Другую форму торжественнаго самоуправства представляетъ *l. a. per pignoris capionem*. Она состояла въ томъ, что кредиторъ, произнося торжественныя слова и, вѣроятно, въ присутствіи свидѣтелей, захватывалъ какую-либо вещь должника и удерживалъ ее у себя въ удовлетвореніе своего требованія. Ни присутствіе претора, ни даже самаго должника не требовалось при этомъ; захватъ могъ быть совершенъ и въ день nefastis. Требованія, которыя были обезпечены такимъ образомъ, отличаются характеромъ политическимъ и религіознымъ. Такъ взыскивалъ солдатъ свое жалованье съ лица, которое было обязано уплатить его по назначенію трибуна, завѣдывающаго кассою (aes militare); такъ же взыскивались съ вдовъ и сиротъ, обложенныхъ военнымъ налогомъ, деньги на покупку и снаряженіе (aes equestre) и содержаніе (aes hordiarium) коня. Законъ XII таблицъ назначилъ тотъ же порядокъ для взысканія покупной суммы за жертвенное животное и наемной платы, предназначенной къ пожертвованію въ пользу храмовой казны. Впослѣдствіи откупщики податей (публиканы) взыскивали тѣмъ же путемъ подати.

In ius vocatio.

Относительно полнѣе наши свѣдѣнія о формѣ призыва въ судъ *(in ius vocatio)*; законодательство XII таблицъ начинается съ постановленій объ этомъ предметѣ. Истецъ самъ звалъ отвѣтчика въ судъ, произнося, вѣроятно, особую, назначенную для того формулу. Отвѣтчикъ, гдѣ бы ни засталъ его истецъ (кромѣ собственнаго жилища отвѣтчика), обязанъ былъ немедленно повиноваться такому призыву. Въ случаѣ непослушанія истецъ прибѣгалъ къ содѣйствію пособниковъ-свидѣтелей. Вѣроятно, они призывались изъ числа лицъ, бывшихъ поручниками по сдѣлкѣ, по которой истецъ обращался къ суду; призванные пособники арестовали отвѣтчика. Принужденіе надъ нимъ разрѣшалось закономъ особенно выразительно въ томъ случаѣ, если и послѣ призыва пособниковъ онъ скрывался или бѣжалъ отъ суда. Отвѣтчика больнаго или дряхлаго истецъ обязанъ былъ довезти до суда на вьючномъ животномъ или въ обыкновенной повозкѣ. Могло случиться, что кто-либо вступится за отвѣтчика и пойдетъ за него въ судъ (vindex); тогда отвѣтчикъ освобождался отъ личной явки.

Форма призыва въ судъ, несомнѣнно, состояла въ родствѣ съ судопроизводствомъ посредствомъ наложенія руки. Можетъ быть, порядокъ призыва въ судъ выработался изъ этого послѣдняго, когда явилась въ томъ необходимость, т. е. когда гражданскій судъ былъ перенесенъ въ вѣдѣніе представителей государственной власти.

Призывъ въ судъ есть призывъ къ разбирательству гражданскаго спора государственною властью; тѣмъ не менѣе онъ совершался безъ ея участія. Такой порядокъ сохранился вплоть до времени Юстиніана—рѣдкій случай довольно полнаго переживанія одного изъ грубѣйшихъ институтовъ древности. Преторъ ввелъ впрочемъ денежный штрафъ съ отвѣтчика, который уклонялся отъ явки въ судъ, и такимъ образомъ далъ истцу возможность взамѣнъ насилія подкрѣплять свой призывъ денежнымъ взысканіемъ (a. poenalis). Заступникъ (vindex) обратился съ теченіемъ времени въ простаго защитника или поручителя. Рядомъ опредѣленій преторъ и юристы ограничили безусловное примѣненіе призыва въ судъ въ отношеніи мѣста, времени и призываемыхъ лицъ. Впрочемъ многія изъ этихъ ограниченій должны быть очень древняго происхожденія: преторъ и юристы только регулировали ихъ. Такъ, запрещалось призывать въ судъ магистрата (cum imperio) и народныхъ трибуновъ; насильственный приводъ въ судъ не согласовался съ положеніемъ этихъ лицъ. Лицо, участвующее въ похоронной или иной религіозной церемоніи, женихъ и невѣста во время брачнаго обряда, всадникъ во время исполненія служебныхъ обязанностей на государственномъ конѣ, тяжущійся во время судоговоренія и т. п. не призывались въ судъ. Лишь съ разрѣшенія претора сынъ призывалъ въ судъ родителей, кліентъ— патрона, его родителей и дѣтей (ср. стр. 40); но, можетъ быть, это послѣднее правило было не столько ограниченіемъ, сколько расширеніемъ правъ сыновей и кліентовъ, которые до вмѣшательства въ это дѣло претора могли вовсе не имѣть права судиться съ своими восходящими или патрономъ.

Понятіе самоуправства.

Таковы формы торжественнаго самоуправства, которыя мы встрѣчаемъ въ XII таблицахъ. Онѣ не представлены тамъ въ

своемъ первоначальномъ видѣ, но поставлены уже подъ контроль законодателя. Тѣмъ не менѣе самоуправство истца сопровождается въ нихъ пособничествомъ постороннихъ лицъ, свидѣтелей (testes). Это пособничество, уже само по себѣ, служитъ средствомъ контроля надъ самоуправствомъ истца: пособники вѣдь не что иное, какъ первоначальные представители гражданскаго правосудія. Но, съ государственной точки зрѣнія, пособники, какъ институтъ внѣ-государственный, рано или поздно должны были показаться также институтомъ внѣсудебнымъ. Идея разбора гражданскихъ дѣлъ государственною властью не совмѣщалась съ представленіемъ о какомъ-либо другомъ органѣ правосудія. Съ этой точки зрѣнія, вышеописанныя формы и называются самоуправствомъ. Что касается до позднѣйшихъ римскихъ юристовъ, то они не причисляли призыва въ судъ (in ius vocatio) къ числу «законныхъ» формъ въ техническомъ смыслѣ этого эпитета (legis actio), — что врядъ-ли дѣлалось древнѣйшими юристами. По свидѣтельству Гая, нѣкоторые изъ его современниковъ поступали такимъ же образомъ съ l. a. per pignoris capionem, потому что эта форма, до конца своего историческаго существованія сохранила внѣсудебный характеръ, въ позднѣйшемъ значеніи этого слова.

Operis novi nuntiatio

§ 31. Кромѣ торжественныхъ формъ въ позднѣйшемъ правѣ существовали другіе остатки самоуправства. Оно повторялось, хотя и не въ первоначальномъ своемъ видѣ, въ формахъ новаго происхожденія. Сюда относится *operis novi nuntiatio* [61], учрежденная преторскимъ эдиктомъ. Такъ называется протестъ, который въ случаѣ какой-либо стройки (opus novum) заявляется лицомъ, считающимъ свои права отъ того нарушенными. Подъ стройкою разумѣется какъ возведеніе новыхъ, такъ передѣлка и разрушеніе старыхъ строеній. Протестъ выражается въ виду самой постройки и въ присутствіи ея хозяина или его людей. Три обстоятельства заслуживаютъ особеннаго вниманія. Во-первыхъ, сказанный протестъ обязываетъ строющагося немедленно прекратить стройку, иначе онъ будетъ принужденъ преторомъ къ возстановленію постройки въ томъ видѣ, какъ ее

---

61) *Dig.* 39. 1; 43. 25; *Cod.* 8. 10; 1. 14.

застало заявленіе протестующаго (interd. de opere restituendo); протестъ имѣетъ такое дѣйствіе независимо отъ того, заявленъ-ли онъ по праву или нѣтъ. Такимъ образомъ внѣ-судебный протестъ, самъ по себѣ, независимо отъ своей правильности, родитъ извѣстное обязательство для строющагося, совершенно такъ же, какъ будто здѣсь имѣлъ мѣсто какой-нибудь изъ судебныхъ актовъ. Вовторыхъ, сдѣланный протестъ лишаетъ протестующаго другихъ средствъ законной защиты [62]: иначе говоря, несмотря на то, что протестъ—актъ внѣ-судебный, на него смотрѣли, какъ на законное средство защиты, которое способно конкурировать съ другими законными средствами. Наконецъ интересна и та настойчивость, съ которою юристы требовали, чтобы протестъ заявлялся непремѣнно въ виду самой стройки [63]. Мы найдемъ объясненіе всѣмъ перечисленнымъ особенностямъ operis novi nuntiatio, если признаемъ, что эта форма составляетъ нѣкоторый остатокъ самоуправства. Хотя въ томъ видѣ, какъ мы знаемъ ее, она редижирована преторомъ, но, вѣроятно, она существовала еще много ранѣе преторскаго эдикта, совершаясь торжественно и при свидѣтеляхъ. Участіе свидѣтелей—судей обезпечивало правильное примѣненіе акта и потому онъ влекъ послѣдствія, обязательныя для лица, противъ котораго принимался. Будучи, хотя и внѣ-судебнымъ, но законнымъ способомъ защиты, operis novi nuntiatio устраняетъ примѣненіе другихъ средствъ защиты. Торжественность ея подразумѣваетъ, какъ составной

[62]) *Dig.* 39. 1 fr. 1 § 6 (Ulp.) In operis autem novi nuntiatione possessorem adversarium facimus. — fr. 5 § 10 (Ulp.) Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus

[63]) *Dig.* 39. 1 fr. 5 § 4 (Ulp.) Si quis forte in foro domino opus novum nuntiat, hanc nuntiationem nullius esse momenti exploratissimum est: in re enim praesenti et paene dixerim ipso opere, hoc est in re ipsa, nuntiatio facienda est: quod idcirco receptum est, ut confestim per nuntiationem ab opere discedatur. ceterum si alibi fiat nuntiatio, illud incommodi sequitur, quod, dum venitur ad opus si quid fuerit operis per ignorantiam factum, evenit, ut contra edictum praetoris sit factum.

элементъ, совершеніе въ виду самой стройки. Ульпіанъ (см. примѣч. 63) старается объяснить это послѣднее условіе другимъ образомъ, но самый ригоризмъ его объясненія не отвѣчаетъ духу современнаго ему права и представляется скорѣе остаткомъ старины.

Во время господства преторскаго эдикта не было уже ни торжественности, ни свидѣтелей; контроль надъ правильностью акта перешелъ къ претору. Отъ неудобнаго обязательства, которое налагала на строющагося operis novi nuntiatio, онъ освобождался двоякимъ путемъ. Или онъ обращался къ претору, который разрѣшалъ ему возобновить стройку (remissio), подъ условіемъ, что она не содержитъ въ себѣ ничего неправильнаго; провѣрка этого послѣдняго обстоятельства отлагалась до особаго разбирательства. Или же строющійся представлялъ протестующему обезпеченіе (въ формѣ стипуляціи) въ томъ, что уничтожитъ все сдѣланное, какъ скоро будетъ доказанъ его неправильный образъ дѣйствій. Послѣ этого строющійся защищался преторомъ противъ помѣхъ, которыя могъ бы оказать ему протестующій (int. ne vis fiat aedificanti). Вопросъ о правильности или неправильности протеста разрѣшался въ особомъ разбирательствѣ, которое Юстиніанъ предписалъ оканчивать никакъ не позднѣе трехъ мѣсяцевъ со времени самаго протеста.

Vadimonium.

§ 32. Поручительство (vadimonium) [64]) въ его древнѣйшемъ видѣ, составляетъ учрежденіе, родственное съ учрежденіями пособниковъ и виндекса. Уже законъ XII таблицъ [65]) постановлялъ нѣчто о поручителяхъ (vades, единственное ч. vas). Ихъ юридическое положеніе разъясняется изъ другихъ источниковъ. Поручитель (vas) принимаетъ предъ заинтересованнымъ лицомъ (наприм., кредиторомъ, истцомъ) отвѣтственность за третье лицо (напр., за должника, отвѣтчика) въ томъ, что оно исполнитъ исправно какую-либо свою обязанность. Vadimonium встрѣчается не въ одномъ гражданскомъ правѣ (но, напр., въ уголовномъ судопроизвод-

[64]) *Voigt*, Ueber das Vadimonium, 1881.
[65]) Leg. XII tab. I. 10.

ствѣ). Въ гражданскомъ правѣ оно сопутствуетъ какъ юридическимъ сдѣлкамъ, такъ и судопроизводственнымъ актамъ. Такъ, vades выступаютъ при манципаціонныхъ сдѣлкахъ (mancipatio, nexum). Они гарантируютъ одному изъ контрагентовъ исправность другаго контрагента въ отношеніи лежащихъ на немъ обязанностей; напр., они гарантируютъ покупщику, что продавецъ уплатитъ ему должное вознагражденіе въ томъ случаѣ, если окажется, что продавецъ продалъ не свою вещь; или они гарантируютъ продавцу, что покупатель уплатитъ покупную сумму, повѣренную ему въ долгъ. Vades встрѣчаются далѣе въ гражданскомъ судопроизводствѣ. Они отвѣтствуютъ предъ истцомъ въ томъ, что отвѣтчикъ явится своевременно къ суду. Vadimonium служило въ этомъ случаѣ дополненіемъ къ in ius vocatio и употреблялось тогда, когда продолженіе начатаго разбирательства предъ магистратомъ (in iure), неоконченнаго въ одинъ день, отлагалось до другаго срока (dilatio). Потомъ vadimonium стало употребляться взамѣнъ in ius vocatio. Оно вызывалось оповѣщеніемъ (condictio. denunciatio), посредствомъ котораго истецъ приглашалъ отвѣтчика къ суду. Такъ было въ рекуператорномъ процессѣ, т. е. при разбирательствѣ столкновеній перегриновъ между собою и съ римлянами (гл. VII) и, вѣроятно, въ l. a. per condictionem (гл. IX). Отвѣтчикъ, оповѣщенный о явкѣ въ судъ, долженъ былъ выставить поручителей въ этой явкѣ (vades) и тогда получалъ отсрочку въ 30 дней, иначе же онъ немедленно приводился въ судъ, а перегринъ могъ рисковать въ такомъ случаѣ арестомъ. Наконецъ въ рекуператорномъ процессѣ vadimonium употреблялось и тогда, когда разбирательство предъ судьею (in iudicio) не оканчивалось въ одинъ день.

Vadimonium установлялось по иниціативѣ должника или отвѣтчика; чтобы избавиться отъ тѣхъ или другихъ неблагопріятныхъ послѣдствій своей беззащитности, онъ выставлялъ поручителя (vadis datio). Противная сторона «принимала» поручителя (vadis aceptio). Форма установленія состояла въ томъ, что поручитель «объявлялъ» въ торжественныхъ словахъ о принятомъ поручительствѣ (nuncupatio); въ этой формѣ, слову «promitto» принадлежала, повидимому, главная роль. Харак-

теристическая черта vadimonium состояла въ томъ, что юридическое отношеніе связывало лицо, принявшее поручителя, непосредственно съ самимъ поручителемъ. Поручитель гарантировалъ на первомъ планѣ исполненіе должникомъ или отвѣтчикомъ его обязанностей; въ случаѣ неисполненія онъ отвѣчалъ денежною пенею. Кромѣ юридическаго отношенія, которое соединяло лицо, принявшее поручителя (кредитора, истца), съ самимъ поручителемъ, древнѣйшее vadimonium не устанавливало никакого другаго отношенія. Первоначальная обязанность должника и отвѣтчика, давшая поводъ къ vadimonium, продолжала существовать въ своемъ первоначальномъ видѣ и послѣ vadimonium. Vadimonium родило самостоятельное обязательство поручителя. Такимъ образомъ оно — противоположность позднѣйшему поручительству, въ которомъ обязательство поручителя лишь дополняетъ (юридически) обязательство главнаго должника. Точно такъ же vadimonium, само по себѣ, не устанавливало никакого юридическаго обязательства должника по отношенію къ поручителю. Подобное обязательство возникало только тогда, когда поручитель вслѣдствіе неисправности лица, за которое онъ ручался, оказывался вынужденнымъ уплатить обѣщанную пеню. Юридическое основаніе такого обязательства состояло не въ фактѣ vadimonium, а въ фактѣ уплаты однимъ лицомъ за другое.

Быть можетъ даже, обязательство поручителя уплатить пеню, въ случаѣ воспослѣдовавшей неисправности лица, за которое онъ ручался, — вообще позднѣйшаго происхожденія; первоначально поручитель ограничивался только тѣмъ, что гарантировалъ исправное исполненіе обязательства должникомъ или отвѣтчикомъ. Этого было вполнѣ достаточно и въ интересахъ кредитора (или истца), и въ интересахъ самихъ поручителей. Впрочемъ односторонность юридической регламентаціи восполнялась бытовою обстановкою всего отношенія. Первоначальные поручители были, по всей вѣроятности, сородичи должника или отвѣтчика; чтобы выручить этого послѣдняго изъ бѣды, они выступали на помощь ему и цѣною своего поручительства покупали ему нѣкоторую отсрочку. Такимъ образомъ, по отношенію къ должнику и отвѣтчику, они зани-

мали положеніе какъ бы виндекса. Напротивъ для кредитора или истца они представлялись какъ бы пособниками. Выступившіи въ качествѣ vades, они не могли относиться хладнокровно къ поведенію лица, исправность котораго они гарантировали; они употребляли все принадлежащее имъ вліяніе, чтобы склонить его къ исполненію его обязанностей. Изъ личнаго дѣла отвѣтчика или должника это исполненіе становилось дѣломъ всей общины. Въ давленіи поручителей по отношенію къ должнику, въ посильной помощи, которую, быть можетъ, смотря по обстоятельствамъ, они были готовы оказать ему,—заключалась практическая цѣна vadimonium. Формально поручительство устанавливалось по иниціативѣ главнаго отвѣтственнаго лица; на самомъ дѣлѣ сородичи должника или отвѣтчики могли, не ожидая приглашенія, навязаться въ поручители, чтобы спасти тѣмъ его честь и благосостояніе. Честь и благосостояніе отдѣльнаго родича не могли быть безразличны для всего рода.

Постепенно vadimonium потеряло свое первоначальное значеніе, но свою первоначальную форму оно сохранило вплоть до императорскаго времени (см. гл. XIV i. f.).

II. Жреческая юрисдикція [66]).

Судъ понтифовъ

§ 33. Въ крайне небольшой общинѣ пособникъ легко избирался изъ лицъ, заслужившихъ особое довѣріе и уваженіе. Когда общины выросли, какъ путемъ внутренняго роста, такъ и путемъ сплоченія съ другими общинами, пособникъ сталъ

[66]) *Dig.* 1. 2 fr. 2 § 6.... omnium tamen harum (т. е. legis actionum) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis centum hac consuetudine usus est.

Ihering, Geist der röm. Rechts, I § 18a. II § 42; *Мэнъ*, Древнее право, лекція 1; *его-же*, Древнѣйшая исторія учрежденій, лекціи 2, 9, 10; *Maurer*, Das Alter des Gesetzessprecheramts in Norwegen, 1875. *Puntschart*, Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer, 1872, стр. 1—43; *его-же*, Der entscheidende Einfluss etc. 1880. *Сокольскій*, О значеніи вѣщателей права, 1875.

принадлежать къ числу тѣхъ обыкновенныхъ людей, на которыхъ можно было положиться, какъ на знатоковъ существующаго обычая, и которые заслуживали довѣрія въ качествѣ пособника, но которые представлялись недостаточно компетентными, какъ скоро рѣчь заходила о судебномъ разрѣшеніи вопроса новаго, еще мало разъясненнаго. Не нужно, чтобы новизна касалась самаго существа вопроса. Некомпетентность пособника могла обусловливаться просто тѣмъ, что спорящія стороны принадлежали къ двумъ различнымъ общинамъ, изъ коихъ каждая отказывалась признать авторитетъ чуждыхъ ей пособниковъ. Въ подобномъ случаѣ представляется сомнительнымъ самый порядокъ, которому должно слѣдовать при наличныхъ обстоятельствахъ. Ни спорящіе, ни ихъ пособники не имѣли на этотъ порядокъ опредѣленнаго воззрѣнія, такъ какъ онъ не установился еще въ сознаніи самихъ общинъ. Не только поручники, но и общины могли оказаться въ недоумѣніи; тогда естественно, обращались къ мудрѣйшимъ. Мышленіе въ то время шло еще туго. Даръ свободной, творческой мысли составлялъ прерогативу немногихъ лицъ; онъ — особый божественный даръ. Все знаніе принимало религіозную окраску, каждый актъ пріобрѣтенія, обнаруженія и передачи знанія представлялся чѣмъ-то таинственнымъ и божественнымъ. Избранники, обладатели этого знанія, пользовались особеннымъ почетомъ и уваженіемъ на всей территоріи соединенныхъ общинъ,—можетъ быть, даже за границами этой территоріи. Къ нимъ-то и обращались за разрѣшеніемъ сомнительныхъ вопросовъ.

Какъ позднѣе въ Галліи друиды, въ Ирландіи брэгоны, въ Германіи саги-бароны, въ Скандинавіи лёгманы, въ Исландіи вѣщатели закона, какъ въ первоначальномъ христіанскомъ обществѣ—духовенство (церковные суды), такъ въ древнѣйшемъ Римѣ понтифы, представители высшей жреческой коллегіи, являлись судьями по гражданскимъ дѣламъ. Относительно времени, гораздо позднѣйшаго, нежели то, о которомъ идетъ здѣсь рѣчь, юристъ II вѣка по Р. Х. Помпоній свидѣтельствуетъ, что коллегіи понтифовъ принадлежало знаніе и толкованіе юридическихъ нормъ и завѣдываніе исками. По словамъ Помпонія, ежего-

дно одинъ изъ членовъ коллегіи назначался для разбирательства тяжебныхъ дѣлъ между частными лицами. Послѣ изданія законовъ XII таблицъ этотъ порядокъ существовалъ около столѣтія; несомнѣнно, что онъ существовалъ долгое время и до ихъ изданія. Не надо прибѣгать къ помощи какихъ-либо особыхъ объясненій для оправданія этого порядка; его существованіе объясняется просто духомъ времени и умственнымъ состояніемъ тогдашняго общества. Форма судопроизводства, извѣстная подъ именемъ legis actio sacramenti, была создана, конечно, этимъ порядкомъ и въ дальнѣйшемъ правѣ составляла его непосредственный остатокъ. Тяжущіяся стороны представляли суду залогъ (sacramentum), соотвѣтственный величинѣ иска (5 быковъ или 5 барановъ, впослѣдствіи 500 или 50 ассъ) и залогъ проигравшей стороны обращался въ пользу храма; божество получало такимъ образомъ вознагражденіе за трудъ своего представителя — понтифа. Понтифъ не навязывалъ своихъ приговоровъ тяжущимся, онъ выступалъ не иначе, какъ по ихъ призыву, и немедленно отступалъ отъ разрѣшенія спора, какъ скоро самый споръ устранялся какимъ-либо обстоятельствомъ: напримѣръ, одна изъ сторонъ подтверждала свои заявленія присягою или же отвѣтчикъ признавалъ правильность притязаній истца. Еще въ позднѣйшемъ судопроизводствѣ признаніе въ судѣ (confessio in iure) [67]) и присяга (ius iurandum) [68]) приравниваются самому судебному рѣшенію; другими словами, судебное разбирательство и самое дѣшеніе вовсе не нужны, когда послѣдовало признаніе или принесена присяга. Хотя вопросъ о томъ, въ какой степени дѣйствовалъ этотъ порядокъ при классическихъ юристахъ, представляется спорнымъ, однако его связь съ древнѣйшимъ судопроизводствомъ

---

[67]) *Paul.* V. 5a. 2—5; II. 1, 5.—*Dig.* 42. 2 и *Cod.* 7. 59 de confessis.— *Paul.* V. 5a 2: Confessi debitores pro iudicatis habentur, ideoque ex die confessionis tempora solutioni praestituta computantur.—*Dig.* 42. 2 fr. 1: Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur (Paul.).— *Demelius*, Die Confessio im röm. Civil-Process, 1880.

[68]) *Dig.* 12. 2 de iureiurando etc.; *Cod.* 4. 1. — *Dig.* 12. 2. fr. 2 Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem quam res iudicata.

кажется несомнѣнною. Далѣе понтифу не нужно никакой внѣшней силы, чтобы осуществить свои приговоры. Онъ высказываетъ ихъ, не заботясь объ ихъ примѣненіи; но самое происхожденіе его приговоровъ ручается за ихъ громадный авторитетъ, авторитетъ же обезпечиваетъ ихъ осуществленіе. Это уже не авторитетъ, основанный, хотя бы отчасти, на кулакахъ, каковъ авторитетъ поручниковъ; авторитетъ понтифа—исключительно духовный, нравственный. Его приговоръ—только мнѣніе (sententia, pronunciatio), высказанное по данному дѣлу. И позднѣе судебное рѣшеніе продолжаетъ называться sententia, сохраняя такимъ образомъ въ своемъ названіи воспоминаніе объ офиціальной необязательности, когда-то присущей ему. Это свойство древнихъ приговоровъ не мѣшало однако тому, что имъ повиновались безпрекословно; люди очень рано научились цѣнить мирный разборъ своихъ распрей и предпочитали его междоусобицѣ. Въ случаѣ неповиновенія высокому авторитету понтифа вся община могла оказаться готовою возстать, какъ одинъ человѣкъ, противъ ослушника и кулаками принудить его къ повиновенію.

Итакъ судъ понтифа былъ первоначально судъ третейскій. Точно такъ же, почти чрезъ тысячу лѣтъ, юрисдикція христіанскихъ церковныхъ судовъ, возникла въ формѣ третейскаго суда: сначала христіанскіе епископы выступили судьями только въ тѣхъ случаяхъ, когда къ ихъ правосудію обращались обѣ тяжущіяся стороны.

Вмѣшательство госуд. власти

§ 34. Обращеніе къ суду понтифовъ, взамѣнъ самоуправнаго разрѣшенія споровъ путемъ распри и внутренней междоусобицы (устранить которую не въ силахъ были пособники,—потому-ли, что спорный вопросъ представлялся имъ самимъ неяснымъ, или же потому, что пособники каждой изъ сторонъ принадлежали къ различнымъ общинамъ), вызывались собственнымъ сознаніемъ тяжущихся, пособниковъ и общинъ о необходимости сохраненія внутренняго мира. Разумѣется, это сознаніе проявлялось далеко не во всѣхъ случаяхъ, такъ что внутренней междоусобицѣ открывался полный просторъ. Рано или поздно такой порядокъ долженъ былъ встрѣтить противодѣйствіе со стороны высшей военной или государственной

власти. Внутреннее спокойствіе общества, на ряду съ сохраненіемъ строгой дисциплины, содѣйствовало увеличенію высшей силы Рима. Военная власть начинаетъ препятствовать самоуправству и принуждаетъ тяжущихся во всѣхъ вообще случаяхъ прибѣгать къ разбирательству предъ судомъ. Форма судопроизводства sacramenti, въ позднѣйшемъ видѣ, сохранила въ себѣ пластическіе слѣды этого переворота въ исторіи всего судопроизводства. Когда въ этой формѣ шелъ споръ о принадлежности вещи (legis actio sacramenti in rem), тогда процессъ начинался съ того, что оба тяжущіеся поочередно заявляли торжественно свое притязаніе на вещь, накладывая на нее свою руку, послѣ чего, если, напримѣръ, споръ шелъ о рабѣ, слѣдовало приказаніе магистрата: «отпустите вы оба этого человѣка!» («mittite ambo hominem»). Своимъ приказаніемъ магистратъ какъ бы прекращалъ самоуправство и обращалъ споривших къ правильному судебному разбирательству.— Настаивая на правильномъ разбирательствѣ тяжбъ (самое разбирательство долгое время принадлежало еще понтифамъ), военная власть обезпечивала также выигравшей сторонѣ исполненіе состоявшагося рѣшенія. Рѣшеніе понтифа исполнялось теперь не только въ силу своего внутренняго авторитета, но и на основаніи принужденія, которому покровительствовала государственная власть.

Въ какихъ бы отношеніяхъ, по гражданскому правосудію, ни состояли позднѣйшіе понтифы къ царямъ и консуламъ, должно принять именно вышеописанный историческій порядокъ: судъ понтифовъ былъ древнѣе, нежели судъ государственный. За это говоритъ самый характеръ понтификальнаго суда: его формальная необязательность. Но издревле въ Римѣ религія состояла въ союзѣ съ государствомъ и, въ извѣстной степени, была государственнымъ учрежденіемъ. Всѣ важные акты государственной жизни находились подъ охраной религіи, царь считался въ числѣ верховныхъ жрецовъ, магистраты, которые смѣнили его, участвовали въ совершеніи религіозныхъ таинствъ и обрядовъ. Неудивительно, что и въ области гражданскаго правосудія, государственная власть начала съ того, что оперлась на формы, которыя были выработаны жреческою

юрисдикціею. Позднѣе свѣтская власть выработала свои собственныя формы. Кромѣ того, когда рамки стараго, патриціанскаго государства окончательно были разрушены чрезъ дарованіе всѣхъ политическихъ и гражданскихъ правъ плебеямъ и когда съ другой стороны жреческое сословіе, не поддаваясь новымъ вѣяніямъ, оказалось опорою для отжившихъ свой вѣкъ патриціанскихъ привиллегій, тогда свѣтской власти пришлось нарушить свой союзъ съ жречествомъ; настало время секуляризаціи гражданскаго правосудія, но все это произошло впрочемъ уже достаточно поздно (гл. XII).

L. a. sacramenti in rem.

§ 35. Въ институціяхъ Гая [69]) сохранилось описаніе одного изъ исковъ, происходившихъ въ сакраментальной формѣ, и по этому описанію мы можемъ составить себѣ понятіе о томъ, каково вообще было гражданское судопроизводство предъ понтифами.

Сказанное описаніе относится къ иску о собственности (виндикація). По указанію Гая, онъ происходилъ предъ преторомъ, что́ не мѣшаетъ намъ предположить, что до учрежденія претуры (388 г.) и въ особенности ранѣе изданія XII таблицъ онъ имѣлъ мѣсто предъ понтифами. За такое заключеніе говоритъ самая его форма. — Стороны должны были предстать предъ судомъ лично; замѣщеніе одного лица другимъ на судѣ вообще не было извѣстно до послѣднихъ вѣковъ республики, точно такъ же, какъ такое же замѣщеніе при совершеніи юридическихъ сдѣлокъ [70]). Если опекунъ (tutor) искалъ на судѣ за опекаемаго и кураторъ за сумасшедшаго, если виндексъ защищалъ неисправнаго должника или увлекаемаго въ рабство, если накопецъ магистратъ выступалъ на судѣ въ защиту государственнаго интереса, то все это не носило и тѣни замѣщенія: опекунъ и кураторъ, согласно съ тѣмъ, какъ понималось ихъ положеніе въ древнее время, защищали въ приведенномъ случаѣ *свои* интересы, *свою* опекунскую власть (potestas) надъ имуществомъ опекаемаго; виндексъ

---

[69]) IV. 13—17.

[70]) *Gai*. IV. 82; *Dig*. 50. 17 fr. 123; *Inst*. 4. 10 pr.; относительно совершенія юридическихъ сдѣлокъ: *Dig*. 45. 1 fr. 38 § 17, fr. 126 § 2; 50. 17 fr. 73 § 4; *Inst*. 2. 9 § 5.

былъ выразителемъ родовыхъ интересовъ, а, что касается до магистрата, то не могло быть и рѣчи о замѣщеніи или *представленіи* имъ государства въ такое время, когда политическая власть отличалась личнымъ характеромъ.

Итакъ, стороны должны были присутствовать на судѣ лично. Точно такъ же на лицо должна была находиться и спорная вещь. — Если споръ шелъ о движимости, то спорная вещь приносилась или приводилась (стараніями истца) [71]) къ претору, если же предметомъ спора была недвижимость, или вещь, которую было затруднительно доставить въ судъ, то всѣ участвующіе въ обрядѣ, преторъ и стороны со свидѣтелями шли къ вещи [72]). Для ума, требовавшаго чувственности и наглядности, идея спора о принадлежности вещей была доступна лишь въ ея присутствіи. Ея наличность способствовала также точному опредѣленію предмета спора. Самое существованіе спора выражалось въ наиболѣе наглядной формѣ. Вооруженныя прутьями (festuca, vindicta, символъ копья), стороны по очереди схватывали вещь и произносили каждый формулу: «я утверждаю...., что этотъ человѣкъ (и т. п.) мой по праву Квиритовъ и вотъ я налагаю на него свой прутъ». За симъ говорившій касался спорной вещи своимъ прутомъ. Сначала такъ виндицировалъ истецъ, потомъ отвѣтчикъ (qui contra vindicabat) [73]). При спорѣ о недвижимостяхъ наложеніе рукъ (manuum consertio) замѣнялось другимъ обрядомъ: стороны старались выгнать другъ друга изъ спорныхъ владѣній (deductio) [74]). Со временемъ, съ расширеніемъ римской

---

[71]) *Liv.* III. 44: Virgini, venienti in forum, minister decemviri libidinis manum iniecit... Vocat puellam in ius.

[72]) *Gell.* XX. 10 § 8: correptio manus (=vindicatio) in re atque in loco praesenti apud Praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: si qui in iure manum conserunt.

[73]) *Lotmar*, въ двухъ работахъ оспариваетъ то общепринятое положеніе, что «контра-виндикація» была обязательна для отвѣтчика; см. его Zur legis actio sacramento in rem, 1876, и Kritische Studien in Sachen der Contravindication, 1878.

[74]) *Cic.* pro Tullio, 20: Rogat Fabius Acerronium ut secum simul veniat ad Tullium. Venitur. Ad villam erat Tullius. Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullius etc.

территоріи, точное соблюденіе этого обряда представляло затрудненія сначала для претора, а потомъ и для самихъ сторонъ, въ виду чего deductio подверглась преобразованіямъ и подъ конецъ, повидимому, исчезла совершенно (гл. X).

За изображеніемъ борьбы слѣдовало торжественное приказаніе магистрата о возстановленіи мира. «Отпустите этого человѣка!», провозглашалъ онъ, напримѣръ, если дѣло шло о рабѣ. Стороны повиновались и продолжали судоговореніе; истецъ спрашивалъ противника, почему онъ виндицируетъ, на что этотъ послѣдній отвѣчалъ новымъ утвержденіемъ своего права. Тогда обѣ стороны вызывали другъ друга на представленіе сакрамента, т. е. залога, который по рѣшеніи дѣла возвращался правой сторонѣ и конфисковался у стороны, проигравшей тяжбу.

Sacramentum [75]) составляетъ наиболѣе характеристическую принадлежность этого судопроизводства. Это—плата, которою стороны привлекаютъ представителя божества къ разрѣшенію ихъ спора,—средство, которымъ они заинтересовываютъ его въ своемъ спорѣ. Такое значеніе сакрамента проявляется въ самой постановкѣ вопроса о судебномъ рѣшеніи. Предметъ судебнаго рѣшенія — не разрѣшеніе судебнаго вопроса, интересующаго тяжущихся; въ сакраментальномъ судопроизводствѣ судья разрѣшаетъ вопросъ, чей sacramentum справедливъ и чей—несправедливъ [76]), откуда сторонамъ предоставляется уже самимъ вывести, кто изъ нихъ правъ и неправъ по существу дѣла. Это индифферентное отношеніе суда къ тяжбѣ измѣняется впослѣдствіи, съ упроченіемъ въ положеніи суда, когда судъ становится органомъ общественной и государственной власти; sacramentum получаетъ тогда значе-

[75]) *Festus.* Sacramentum (см. у Брунса, стр. 289); *Varro*, De lingua latina 4. 36: Ea pecunia quae in iudicium venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiebatur, de aliis rebus utrique quingenos ad pontem (храмовая казна) deponebant; de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium; qui iudicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad aerarium redibat.

[76]) *Gai.* IV. 14. 15: «sacramento contendere»; *Cic.* pro Caecina, 33. 97:.... non posse nostrum sacramentum iustum iudicari.. ..; postea... sacramentum nostrum iustum iudicaverunt.

ніе судебнаго налога и затеривается память объ его прежнемъ значеніи [77]). Во всякомъ случаѣ sacramentum—приличный штрафъ, который взыскивается со стороны, проигравшей процессъ, за ея неправыя притязанія.—Размѣръ сакраментальной суммы былъ опредѣленъ точно въ законахъ XII таблицъ: по искамъ до тысячи ассовъ взыскивалось 50 ассовъ, по искамъ на большую сумму—500 ассовъ, по дѣламъ о свободѣ во всякомъ случаѣ—50 ассовъ. Это постановленіе было сдѣлано или съ цѣлью ограничить произволъ понтифовъ и магистратовъ при назначеніи сакраментальной суммы, или потому, что въ эпоху изданія XII таблицъ вводились въ обращеніе металлическія деньги и нужно было перевести на нихъ старые размѣры, 5 быковъ и 5 барановъ. Sacramentum уплачивался первоначально впередъ, потомъ же—по окончаніи процесса, при чемъ обѣ стороны обезпечивали исправную уплату представленіемъ поручителей. Взысканныя деньги хранились сначала въ храмовой казнѣ (pons Sublicius), впослѣдствіи же (l. Papiria, 465?) они передавались въ государственную кассу, но употреблялись на религіозные расходы [78]).

Sacramentum послужило прототипомъ для образованія нѣсколькихъ позднѣйшихъ формъ, каковы sponsio poenalis (гл. IX, XI) и sponsio praeiudicialis (гл. XI).

Характеръ судопроизводства.

§ 36 [79]). Обращаясь за судомъ къ понтифу или другому лицу, тяжущіеся дѣйствовали такъ, конечно, не совсѣмъ свободно. Если ихъ вело къ этому собственное сознаніе выгодъ, которыя представляетъ мирная и спокойная жизнь, въ противоположность неурядицѣ самоуправства и междоусобицы, то, съ другой стороны, обращеніе къ суду еще болѣе могло вызываться понужденіемъ со стороны сосѣдей или цѣлой общины, а позднѣе со стороны военной власти, заинтересованныхъ въ сохраненіи мира. Однако, съ точки зрѣнія судьи, тяжущійся

---

[77]) *Festus*: sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerari inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem consumebaturid in rebus divinis.

[78]) См. примѣч. 75 и 77. — *Festus*: Sacramentum (у Брунса стр. 289 и 43).

[79]) *Іерингъ*, §§ 11 и 12.

былъ совершенно постороннимъ лицомъ, которое обращается къ нему съ просьбой о судебномъ разбирательствѣ, какъ объ особомъ одолженіи, за которое платитъ даже деньги (sacramentum). Судья этого рода — третейскій судья, который дастъ не болѣе того, что́ у него требуютъ, не будучи лично вовсе заинтересованъ ни въ самомъ спорѣ, ни въ томъ или другомъ его исходѣ, ни наконецъ въ самой необходимости судебнаго разбирательства взамѣнъ расправы безъ суда. Словомъ, этотъ судья — не представитель государственной или общинной власти, но постороннее частное лицо. Такимъ его положеніемъ обусловливаются двѣ характеристическія черты древнѣйшаго гражданскаго судопроизводства: самодѣятельность тяжущихся при относительно-пассивномъ отношеніи судьи къ процессу и добровольное, по виду, подчиненіе сторонъ судебной власти.

По отсутствію данныхъ мы не въ состояніи опредѣлить точно, до какихъ размѣровъ эти двѣ черты достигали въ судопроизводствѣ того времени, о которомъ мы говоримъ теперь; но онѣ сохранились еще въ судопроизводствѣ послѣдующаго періода. Какъ мы видѣли, въ этомъ судопроизводствѣ существовали формы, въ качествѣ переживаній, свидѣтельствующія о большомъ развитіи названныхъ нами особенностей въ древнѣйшее время. Такъ, что касается до самодѣятельности тяжущихся, то судопроизводство XII таблицъ знало двѣ формы торжественнаго самоуправства (l. a. per manus iniectionem и per pignoris capionem), которыя, при извѣстныхъ условіяхъ, осуществлялись совершенно помимо суда; призывъ отвѣтчика въ судъ (in ius vocatio), по закону XII таблицъ, производился собственными средствами истца, при помощи свидѣтелей (пособниковъ), но безъ всякаго содѣйствія государственной власти (§ 30). Наконецъ надо указать еще на то, что самая форма судебнаго разбирательства была построена такъ, что въ судѣ предъ магистратомъ (in iure) *дѣйствовали* по преимуществу стороны, которымъ и принадлежало произнесеніе торжественныхъ формулъ и выполненіе торжественныхъ жестовъ; судящій магистратъ присутствовалъ, слушалъ и заключалъ, почти не вмѣшиваясь въ ходъ

Самодѣятельность тяжущихся.

процесса и предоставляя самимъ сторонамъ, на свой страхъ, двигать его правильно или неправильно. Мы видѣли образецъ всего этого въ сакраментальной формѣ судопроизводства.

Litis contestatio.

Обращаясь къ добровольному подчиненію сторонъ судебной власти, мы точно такъ же находимъ выраженіе этого начала въ рядѣ формъ, принадлежащихъ позднѣйшему праву. Когда оканчивалось разбирательство предъ магистратомъ (in iure) и магистратъ передавалъ дѣло обыкновенному судьѣ (in iudicium), тогда происходилъ актъ, извѣстный подъ именемъ контестаціи тяжбы (litis contestatio) [80]. «Контестація тяжбы» была торжественнымъ актомъ, который совершался тяжущимися передъ свидѣтелями. Этимъ актомъ спорныя отношенія сторонъ устанавливались въ томъ видѣ, какъ они выяснились предъ магистратомъ (ср. гл. VI), и сами тяжущіеся (въ особенности отвѣтчикъ) обязывались подчиниться судебному рѣшенію, имѣющему быть постановленнымъ судьею на основаніи выясненнаго. Конечно, и въ этомъ случаѣ добровольное подчиненіе тяжущихся суду не было, дѣйствительно, вполнѣ добровольнымъ. Это была только форма, въ которой выражалась существующая помимо этого обязанность тяжущихся подчиниться правильному, государственному суду; но существованіе такой формы объяснится только въ томъ случаѣ, если мы допустимъ, что въ глубокой древности она соотвѣтствовала своему содержанію. Въ глубокой древности контестація тяжбы была добровольнымъ актомъ въ дѣйствительномъ смыслѣ этого слова, — по крайней мѣрѣ она представлялась такимъ по отношенію къ судящему понтифу. Понтифъ или судья, назначенный отъ него, судилъ потому, что сами стороны отдавали свое дѣло на его судъ. Какіе ближайшіе мотивы руководили сторонами при этомъ, — это уже другой вопросъ.—Въ такъназ. «преторскихъ» стипуляціяхъ (гл. XIV) возродился позднѣе тотъ же принципъ добровольнаго, по виду, подчиненія сторонъ судебному рѣшенію.

---

[80]) *Festus*: Contestari est cum uterque reus dicit: testes estote.— Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: Testes estote.—*Gai*. III. 180:

Характеръ судебнаго рѣшенія.

§ 37. Что сказано выше о значеніи юридической сдѣлки въ историческомъ процессѣ образованія права (§29), то же самое примѣняется вполнѣ и къ судебному рѣшенію. Не только законодательная и судебная *власти* принадлежатъ одному и тому же органу — понтифу, но не различаются самыя законодательная и судебныя *дѣятельности*. Право развивается въ то время путемъ казуальнаго творчества. Судья, полагаясь на свой собственный авторитетъ, опредѣляетъ порядокъ, которому тяжущіеся должны слѣдовать въ данномъ случаѣ, и тутъ же примѣняетъ этотъ порядокъ въ своемъ рѣшеніи; но, какъ повторяются одинаковыя сдѣлки, такъ же точно повторяются одинаковыя судебныя рѣшенія. Въ судѣ образуется и дѣйствуетъ прецедентъ, складывается обычное право. Выдающіяся личности среди судей отличаются созидательною дѣятельностью, остальные же повторяютъ старыя судебныя рѣшенія. Обычай, сложившійся внѣ суда, выработанный въ гражданскомъ оборотѣ, также не можетъ остаться безъ вліянія на судебныя рѣшенія. Такимъ образомъ судебное рѣшеніе становится въ большинствѣ случаевъ по преимуществу примѣненіемъ юридическихъ нормъ, выработанныхъ ранѣе гражданскимъ оборотомъ или самимъ судомъ; но и въ такихъ рѣшеніяхъ что-либо новое присоединяется незамѣтно къ старому, такъ что рѣшеніе не утрачиваетъ вполнѣ своего творческаго значенія.

Гораздо позднѣе, когда гражданское право направляется законами, судебное рѣшеніе не утрачиваетъ окончательно своей творческой функціи; въ древнѣйшее же время юридическая сдѣлка, судебное рѣшеніе и обычное право исчерпываютъ собою кругъ «источниковъ права». Обычное право выработывается первыми двумя источниками и само замѣтно вліяетъ на ихъ производительность.

III. Обычное право.

§ 38. Результатами историческаго изученія надо пользоваться для исправленія теоретическихъ положеній; вышеизложенное же даетъ возможность исправить господствующее ученіе объ обычномъ правѣ.

Со времени корифеевъ исторической школы, Савиньи и въ особенности Пухты, образованіе обычнаго права сдѣлалось предметомъ законченной теоріи, до сихъ поръ распространенной въ юридической литературѣ. По этой теоріи обычное право есть *непосредственное* выраженіе народноправоваго убѣжденія. Оно есть *первая* форма, въ которой проявляется право (юридическія нормы) въ исторіи. Всѣ другія формы (законъ, право юристовъ) выростаютъ до извѣстной степени изъ обычнаго права путемъ его развитія или переработки и хороши настолько, насколько не идутъ въ разрѣзъ съ обычнымъ правомъ. Въ двухъ отношеніяхъ за этой теоріей остается большая заслуга. Хотя сущность того, что́ историческая школа назвала народноправовымъ убѣжденіемъ, понималась ею не вполнѣ правильно, но указаніе тѣсной связи обычнаго права съ этимъ убѣжденіемъ содѣйствовало установленію мысли о закономѣрномъ, въ историческомъ смыслѣ, образованіи обычнаго права. Обычное право составляетъ въ каждомъ данномъ мѣстѣ и въ каждое данное время необходимый продуктъ извѣстныхъ историческихъ условій. Далѣе теорія исторической школы указала справедливо на большую роль, которую обычное право играетъ особенно на первоначальныхъ ступеняхъ гражданскаго правосудія; но сторонники сказанной теоріи поступаютъ несправедливо, когда видятъ въ обычномъ правѣ единственный «источникъ» права того времени. Юридическая сдѣлка и судебное рѣшеніе обладаютъ не меньшею древностью. Несправедливо также называть обычное право *непосредственнымъ* выраженіемъ народнаго убѣжденія. Какъ все другое, обычное право выработывается и скорѣе само служитъ формою, которую постепенно принимаютъ продукты другихъ юридическихъ формъ, нежели даетъ имъ начало. Нормы, выработанныя первоначальною сдѣлкою, судебнымъ рѣшеніемъ или закономъ, постепенно укореняются въ обществѣ и воспитываютъ въ немъ соотвѣтствующія убѣжденія и обычаи, такъ что въ концѣ концовъ начинаютъ соблюдаться въ силу этихъ убѣжденій и обычаевъ. Большое недоразумѣніе происходитъ въ теоріи вслѣдствіе неправильнаго толкованія словъ: убѣжденіе и обычай. До исторической школы говорили, что убѣж-

деніе складывается изъ обычая и хотѣли характеризовать этимъ образованіе обычнаго права, какъ нѣчто случайное; историческая школа провозгласила наоборотъ: обычай родится изъ убѣжденія. На самомъ дѣлѣ оба разрѣшенія неправильны. Въ данномъ случаѣ убѣжденіе и обычай не составляютъ двухъ предметовъ, о преемственномъ появленіи которыхъ возможно говорить. Убѣжденіе и обычай составляютъ двѣ стороны, двѣ принадлежности одного и того же предмета. Въ развитомъ обычномъ порядкѣ есть убѣжденіе (какъ психическое состояніе людей, соблюдающихъ этотъ порядокъ) и соотвѣтствующій этому убѣжденію обычай, — какъ внѣшній образъ дѣйствій тѣхъ же людей. Когда же обычный порядокъ еще не развитъ окончательно, тогда одинаково неразвиты и убѣжденіе, и обычай. Ихъ развитіе идетъ паралельно, въ каждый данный моментъ они обусловливаются взаимно — Наконецъ разбираемой нами теоріи надо сдѣлать еще и тотъ упрекъ, что она не различаетъ ясно обычное право отъ обычнаго порядка вообще. Обычный порядокъ отношеній въ широкомъ объемѣ служитъ подкладкою дѣйствующихъ юридическихъ нормъ и, въ свою очередь, находится постоянно подъ ихъ вліяніемъ; но обычнымъ правомъ мы называемъ только ту часть этого порядка, которая непосредственно, въ качествѣ общепризнаннаго высшаго авторитета, вліяетъ на судью (въ широкомъ смыслѣ) при постановленіи имъ судебнаго рѣшенія. Такое безпрекословное повиновеніе судъ склоненъ оказывать по преимуществу тѣмъ обычаямъ, которые созданы его же вліяніемъ. Во всякомъ случаѣ такое отношеніе къ обычаю постепенно ограничивается, съ одной стороны, вслѣдствіе того, что между обычаемъ и судьею становится законодатель, съ другой же стороны вслѣдствіе роста критической способности судьи. Наконецъ при расширеніи государственной территоріи и усложненіи отношеній въ обществѣ, при постепенномъ развитіи разнородностей въ составѣ даннаго общества остается все менѣе и менѣе условій, благопріятствующихъ образованію такихъ обычаевъ, которые одинаково признавались бы всѣми и повсюду.

IV.

Уголовный характеръ взысканій [81]).

Начало мести.

§ 39. Древнѣйшее гражданское правосудіе отличалось уголовнымъ характеромъ; руководящимъ началомъ его служила месть; взысканіе, къ которому присуждалась проигравшая сторона, имѣло значеніе наказанія, обыкновенно въ формѣ личной расправы или денежнаго штрафа. Наказаніе слѣдовало независимо отъ того, дѣйствовалъ-ли нарушитель права умышленно или неумышленно; различіе преступленія и простаго правонарушенія еще не было извѣстно; степени вины не различались и идея вины не руководила гражданскимъ судомъ въ это древнее время.

Такой характеръ правосудія согласовался съ особенностями нравственнаго состоянія современнаго ему человѣка. И теперь еще ребенокъ колотитъ предметъ, о который онъ ударился: даже взрослый бываетъ готовъ негодовать противъ неодушевленной причины своего несчастія, у человѣка же грубаго и гнѣвнаго такое негодованіе легко переходитъ въ яркія внѣшнія выраженія. Точно такъ же, руководясь чувствомъ боли, поступалъ гражданинъ древнѣйшаго Рима; несправедливость оцѣнивалъ онъ не по причинѣ ея, но по послѣдствіямъ. Пострадавшій не разбиралъ, кто и какъ нанесъ ему вредъ, и требовалъ одинаковаго искупленія какъ отъ злонамѣреннаго,

---

81) *Leges XII tab.*, tab. VIII; *Gai.* III. 182—225; *Paul* II. 31; V. 4; *Inst.* 4. 1; 4. 4. — *Ihering*, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht; см. такъ же его Vermischte Schriften, стр. 155 — 240; ср. его же Духъ рим. права, I, § 11a.

такъ и отъ невольнаго нарушителя его правъ. Грубаго человѣка сердитъ простое разногласіе въ мнѣніяхъ; такъ же какъ и для ребенка, утверждать то, что̀ представляется ему невѣрнымъ, въ его глазахъ означаетъ ложь. Народъ, который поднимается за идею, наказываетъ всякое противорѣчіе. Заблужденіе или истина, которыми масса не въ состояніи овладѣть,—въ ея глазахъ преступленіе. Такъ и въ древнѣйшемъ правѣ проигравшая сторона платила штрафъ, потому что она утверждала нѣчто невѣрное, т. е., можетъ быть, и вѣрное, но нѣчто такое, что̀ доказать она не могла, что̀ противная сторона опровергла, напримѣръ, своею присягою, чего наконецъ не усмотрѣлъ судья (Іерингъ).

Деликтное право.

§ 40. Постановленія XII таблицъ о тѣхъ отношеніяхъ, которыя потомъ стали извѣстны подъ именемъ обязательствъ [82]),

[82]) Обязательствомъ называется такое право, въ которомъ объектомъ является не вещь (какъ въ вещныхъ правахъ), но свободное лицо, равноправное въ гражданскомъ отношеніи съ самимъ субъектомъ. Отношеніе субъекта къ объекту состоитъ здѣсь въ томъ, что первый (вѣритель) имѣетъ юридическую власть потребовать отъ втораго (должника) совершенія какихъ-либо заранѣе опредѣленныхъ дѣйствій. Слово «обязательство» употребляется обыкновенно для обозначенія всего права, связывающаго кредитора съ должникомъ, т. е. подъ обязательствомъ понимается какъ правомочіе вѣрителя, такъ и обязанность должника въ ихъ совокупности. Совершенно такъ же въ большинствѣ случаевъ употребляютъ римскіе юристы слово obligatio. Но за неимѣніемъ другаго термина они пользуются этимъ словомъ и для обозначенія юридическаго положенія какой-либо одной стороны въ обязательствѣ. Такъ, вопервыхъ, obligatio обозначаетъ право вѣрителя: къ числу безтѣлесныхъ вещей (res incorporales) римскіе юристы причисляютъ ius obligationis, или, говоря о пріобрѣтеніи права по обязательству, употребляютъ часто выраженіе adquirere obligationem; встрѣчается также выраженіе *suae* obligationis. Вовторыхъ, терминъ obligatio употребляется для обозначенія обязанности должника; въ этомъ послѣднемъ случаѣ терминъ obligatio совпадаетъ иногда съ терминомъ actio, именно когда терминъ actio обозначаетъ состояніе отвѣтственности предъ кредиторомъ. Словомъ obligatio римскіе юристы называли также актъ, установляющій обязательство. Средневѣковые юристы (комментаторы) запутали смыслъ слова obligatio тѣмъ, что стали называть такъ всякую юридическую обязанность. Но обязанность и обязательство не одно и то же и такое словоупотребленіе не было извѣстно римскимъ юристамъ. Возстановленіе римской терминологіи принадлежитъ по преимуществу Гуго и Савиньи.

даютъ наглядное понятіе о томъ, въ какой значительной степени уголовный характеръ взысканій былъ присущъ древнѣйшему гражданскому праву. Тогда какъ въ развитомъ правѣ бо̀льшая часть обязательствъ возникаетъ изъ договоровъ, древнѣйшій гражданскій оборотъ вовсе не зналъ обязательствъ, которыя устанавливались такимъ способомъ. Единственнымъ и относительно распространеннымъ источникомъ обязательства служилъ въ то время деликтъ или противозаконное нарушеніе чужаго права. Обязательство являлось въ видѣ обязанности уплатить штрафъ за содѣянное нарушеніе. Однако образованіе обязательственнаго права, и въ этой элементарной формѣ его, предполагаетъ нѣкоторый прогрессъ въ развитіи общества. Первоначально нарушеніе права вызываетъ месть и кровавый самосудъ со стороны правообладателя; авторитетъ общественной и государственной (военной) власти стремится уложить эту расправу въ опредѣленныя рамки. Образуется ius talionis, т. е. начало, по которому обиженный требуетъ въ свою пользу жертву, равную понесенной имъ потерѣ: око за око, зубъ за зубъ. Далѣе, научаясь подчинять первые порывы страсти разсудку и соблазняясь полученіемъ имущественныхъ выгодъ, пострадавшій мирится съ обидчикомъ за извѣстное имущественное удовлетвореніе; власть покровительствуетъ такимъ мирнымъ сдѣлкамъ (pax) и постепенно превращаетъ ихъ въ обязательныя; обычай и законъ выработываютъ таксу штрафовъ. Та̀кимъ образомъ въ концѣ концовъ каждый нарушитель чужаго права обязанъ уплатить обиженному извѣстный штрафъ, а обиженному воспрещается окончательно всякая иная расправа съ обидчикомъ; въ этомъ и состоитъ первое обязательство.

Личная расправа.

Законы XII таблицъ отпечатлѣли въ себѣ слѣды всѣхъ перечисленныхъ нами стадій правоваго развитія. Ночнаго вора дозволяется ими убить, равно какъ вора, который днемъ, вооруженный, сопротивляется при поимкѣ. Воръ, пойманный на мѣстѣ преступленія (fur manifestus) наказывается тѣлесно и обращается въ раба лица пострадавшаго; наравнѣ съ нимъ наказывается лицо, которое противится обыску для отысканія украденной вещи. Поджигатель связывается, наказывается тѣлесно и сожигается. За чародѣйство, съ цѣлью

причинить кому-либо вредъ (наговоръ, порча, qui malum carmen incantassit) слѣдовало, можетъ быть, обращеніе въ рабство, а, можетъ быть, и смерть; за публичную ругань (si quis occentavisset) или сочиненіе позорящихъ стишковъ слѣдовало бичеваніе до смерти. Все это остатки первобытнаго кроваваго самосуда. Иногда наказаніе смертью получало религіозное значеніе. Такъ, кто стравитъ чужую жатву, тотъ связывается и умерщвляется въ жертву Церерѣ, богинѣ плодородія; то же наказаніе ожидало, вѣроятно, и того, кто заговоромъ испортитъ чужой урожай.—Далѣе мы встрѣчаемся съ ius talionis. Si membrum rupsit, гласитъ законъ, talio esto: за причиненіе тяжкаго увѣчья (въ формѣ лишенія руки или ноги)—talio. Однако законодатель спѣшитъ прибавить къ этому: ni cum eo pacit, если не послѣдуетъ мировой. Стало-быть мировая въ этомъ случаѣ была уже въ обычаѣ, если ея возможность предусматривалась закономъ. Можетъ быть, существовалъ уже обычай склонять повздорившихъ лицъ къ примиренію. Попытку къ примиренію XII таблицъ предполагаютъ въ каждомъ тяжебномъ дѣлѣ: rem ubi pacunt orato. Ni pacunt и т. д. Виновную сторону склонялъ къ примиренію страхъ потерпѣть по ius talionis. Въ другихъ случаяхъ ее склоняло къ тому же опасеніе имущественной потери; такъ,—въ случаѣ потравы полей скотомъ или нанесенія вреда имуществу скотомъ, рабами и другими подвластными лицами. Если господинъ этихъ лицъ или скота не вознаграждалъ пострадавшаго, то они поступали во власть этого послѣдняго (noxae deditio). Впрочемъ, можетъ быть, въ этихъ случаяхъ размѣръ вознагражденія устанавливался не мировою, но судомъ [83]). Немудрено, что при этомъ даже на виновное животное смотрѣли именно какъ на *виновника* преступленія и этимъ объясняется еще позднѣйшій взглядъ нѣкоторыхъ юристовъ (прокуліанцевъ), по мнѣнію которыхъ a. noxalis

Ius talionis.

Мировая.

83) См. *Sell*, Aus dem Noxalrechte der Römer, 1879. Во время классической юриспруденціи сынъ освобождался изъ подъ mancipium пострадавшаго, какъ скоро отработывалъ ему весь нанесенный вредъ; потомъ то же правило было примѣнено къ рабу. Освобожденные сынъ и рабъ не возвращались подъ власть своего первоначальнаго домовладыки (у Sell'я, стр. 13. 14.

дѣйствуетъ противъ господина лишь до тѣхъ поръ, пока виновный рабъ или животное находятся въ его власти.—Въ слѣдующихъ случаяхъ законъ опредѣлялъ точный размѣръ штрафа: за сломанную кость (si os fregit) свободный человѣкъ удовлетворяется тремя стами ассовъ, за оскорбленіе (iniuria) двадцатью пятью ассами; за порубку чужихъ деревьевъ взыскивалось по 25 ассовъ за каждое порубленное дерево. Были и другія постановленія о взысканіи за вредъ, нанесенный чужому имуществу. Изъ двухъ сохранившихся словъ одного изъ такихъ постановленій (rupsit.... sarcito) мы можемъ заключить лишь то, что нанесеніе вреда обязывало къ вознагражденію за него. Другое постановленіе, какъ мы видѣли, опредѣляло отвѣтственность за вредъ, нанесенный четвероногими при потравѣ, и распространялось, безъ сомнѣнія, на подвластныхъ лицъ и рабовъ. Воръ, уличенный не на мѣстѣ преступленія (fur nec manifestus) платитъ штрафъ вдвое противъ цѣны украденной имъ вещи; лицо, у котораго краденая вещь найдена путемъ обыска, платитъ тотъ же штрафъ втрое (actio furti concepti).

Гарантіи.

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законодатель не въ силахъ еще устранить расправу надъ личностью правонарушителя, онъ старается поставить ее въ опредѣленныя границы. Этотъ смыслъ имѣетъ обращеніе виновнаго въ рабство; такое обращеніе спасаетъ его отъ смерти. Кромѣ того самый актъ самоуправства обставляется извѣстными гарантіями. Какъ при призывѣ въ судъ рука налагалась на отвѣтчика не иначе, какъ по засвидѣтельствованіи его ослушанія предъ свидѣтелями, такъ вора, который вооруженъ и защищается, дозволялось убить днемъ не иначе, какъ созвавъ предварительно крикомъ сосѣдей; сосѣди, очевидно, должны были засвидѣльствовать законность убійства въ данномъ случаѣ [83]). Относительно производства обысковъ предписывался рядъ формальностей. По словамъ Гая, дѣлающій обыскъ у подозрѣваемаго, противъ его воли, долженъ быть нагъ, но опоясанъ (licio cinctus) и имѣть въ рукахъ блюдо (lancem habens). Для самого Гая значеніе этихъ формальностей оказалось неяснымъ и онъ подтруни-

[83]) Dig. 9. 2 fr. 4 § 1.

ваетъ надъ первой изъ нихъ, имѣвшей своимъ источникомъ, безъ сомнѣнія, чувство стыдливости. Относительно значенія второй формальности Гай дѣлаетъ догадку: руки обыскивающаго должны быть заняты, дабы онъ не сфальшивилъ какъ-нибудь при обыскѣ. Законъ опредѣлялъ, изъ чего долженъ быть сдѣланъ предметъ, именуемый lanx. При обыскѣ, какъ и въ предшествующихъ случаяхъ, должны были присутствовать свидѣтели.

Отношеніе къ умыслу.

Во всѣхъ названныхъ случаяхъ не дѣлали никакого различія, было-ли правонарушеніе умышленное или неумышленное. Однако неумышленный поджигатель наказывался легче сравнительно съ умышленнымъ виновникомъ поджога—точно такъ же, какъ неумышленный убійца. По свидѣтельству преданія [85]) этотъ послѣдній освобождался отъ кровавой мести, когда одинъ изъ его родственниковъ приносилъ очистительную жертву: такъ, будто бы, постановилъ мифическій царь Нума Помпилій [86]). — Ius talionis, назначенное на случай тѣлесныхъ поврежденій, распространялось на всѣхъ, безъ отношенія къ умышленности ихъ дѣйствій. У кого находили путемъ обыска краденую вещь, тотъ платилъ, въ видѣ штрафа, тройную ея цѣнность, безъ отношенія къ тому, зналъ, или не зналъ онъ объ ея покражѣ. Продавецъ, не знавшій, что онъ продалъ чужую вещь, уплачивалъ покупателю (въ случаѣ, если эту вещь требовалъ ея настоящій собственникъ) двойную ея цѣнность точно такъ же, какъ и продавецъ, сдѣлавшій это умышленно (a. auctoritatis, стр 59). Добросовѣстный владѣлецъ платилъ за чужой матеріалъ, употребленный имъ въ постройку, такъ же, какъ и недобросовѣстный (a. de tigno iuncto). Всѣ эти случаи разсматривались, какъ похищеніе чужаго имущества.—Далѣе отмѣтимъ другое важное правило. Наказаніе, въ видѣ денежнаго штрафа, постигало сторону, проигравшую процессъ, все равно, поддерживала-ли она судебный споръ съ сознаніемъ своего права, или нѣтъ. Вотъ

[85]) Leges regiae, Numa, 13.

[86]) Для полноты надо упомянуть еще, что во время законовъ XII таблицъ, для защиты права собственности существовалъ искъ, лишенный уголовнаго характера (виндикація); объ этомъ предметѣ § 44.

рядъ случаевъ, которые относятся сюда. Въ l. a. sacramenti проигравшая сторона теряла свой залогъ (sacramentum); въ спорѣ о правѣ собственности сторона, удержавшая владѣніе на время спора, но въ концѣ концовъ проигравшая тяжбу, (si vindiciam falsam tulerit) уплачивала противнику вдвое противъ полученныхъ ею съ вещи доходовъ. Въ l. a. per manus iniectionem и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ запирательство отвѣтчика вело безусловно къ двойному взысканію противъ должнаго (lis infitiando crescit in duplum) [87]; въ l. a. per condictionem (c. certi), судопроизводственной формѣ, возникшей много спустя послѣ изданія XII таблицъ, проигравшій платилъ противнику одну треть спорной суммы (sponsio или restipulatio tertiae partis); истецъ, предъявившій искъ на сумму, бóльшую противъ дѣйствительно-должной (plus petitio), терялъ свой искъ на всю его сумму.—Что всѣ эти взысканія не были обусловлены умышленностью дѣйствій тѣхъ, на кого налагались, это отчасти засвидѣтельствовано источниками, отчасти должно разумѣться само собою. Во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ проявлялся субъективный (съ точки зрѣнія пострадавшаго) способъ оцѣнки правонарушеній; правонарушеніе оцѣнивалось по чувству боли или раздраженія, причиненному имъ потерпѣвшему. Особенно рельефно это сказывалось при преслѣдованіи вора. Прослѣдимъ еще разъ постановленія по этому предмету. По закону XII таблицъ, вора, застигнутаго на мѣстѣ преступленія, (fur manifestus), дозволялось взять въ рабство, а при сопротивленіи и убить, съ вора же, пойманнаго впослѣдствіи, (fur nec manifestus), взыскивался только штрафъ, вдвое противъ цѣны похищеннаго. Пострадавшій, въ первую минуту, не знаетъ мѣры своему гнѣву и потому ему дозволяется тогда убить вора; потомъ гнѣвъ утихаетъ и пострадавшій долженъ ограничиться денежнымъ удовлетвореніемъ. Но раздраженіе его усиливается, если воръ спряталъ вещь и для отысканія ея пришлось прибѣгнуть къ домашнему обыску: штрафъ взыскивался тогда втрое противъ цѣны вещи; если же при обыскѣ

---

[87]) *Gai.* IV. 171: adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur.

воръ окажетъ сопротивленіе, то онъ наказывается какъ fur manifestus.

Производство противъ должниковъ.

§ 41. При неразличеніи умышленнаго и неумышленнаго правонарушенія и съ неисправнымъ заемщикомъ обходились, какъ съ преступникомъ, если только не хуже. Выше была описана форма, въ которой установлялся заемъ. По своему существу, заемъ былъ продажею личности должника кредитору. Права кредитора не распространялись на имущество должника, которое еще не потеряло своего семейно-родоваго характера; неисправность должника въ уплатѣ вела къ расправѣ надъ его личностью. Онъ поступалъ къ кредитору въ личную (кабальную) зависимость вмѣстѣ со своими нисходящими; но законъ опредѣлялъ точно процедуру такой расправы и мы знаемъ ее, какъ изъ отрывковъ XII таблицъ, такъ и по описанію Гая [88]).

Неисправнымъ должникамъ (aeris confessi), равно какъ присужденнымъ къ выдачѣ какой-либо вещи (rebus iure iudicatis) давался тридцатидневный срокъ. Послѣ этого неудовлетворенный кредиторъ приступалъ къ судопроизводству посредствомъ наложенія руки (l. a. per manus iniectionem); наложеніе руки было непосредственнымъ послѣдствіемъ займа. И въ XII таблицахъ оно сохраняетъ свои первоначальныя черты (стр. 68). Неисправный должникъ настигается кредиторомъ и фактическое сопротивленіе его подавляется пособниками, которые были поручниками по сдѣлкѣ. Захваченнаго такимъ образомъ должника законъ предписываетъ вести къ претору. Это — нововведеніе; самоуправство должно происходить каждый разъ съ вѣдома государственной власти,— необходимый результатъ предшествующихъ злоупотребленій кредиторовъ по отношенію къ должникамъ. Однако вмѣшательство государственной власти не идетъ, на первый разъ, слишкомъ далеко; по прежнему, должникъ не можетъ защищаться самолично, не смотря на то, что его приводятъ къ претору. Авторитетъ свидѣтелей-поручниковъ, освятившихъ самоуправство, остается еще неприкосновеннымъ; должникъ

---

88) *Leg.* XII *tab.*, tabula III; *Gai.* IV. 21.

уже осужденъ ими. Приводъ къ претору необходимъ лишь для констатированія акта самоуправства и для приданія ему возможно бо́льшей огласки. Судоговореніе предъ преторомъ, legis actio въ наиболѣе строгомъ смыслѣ, начинается только тогда, когда должникъ находитъ себѣ заступника (vindex).

Если, по приводѣ должника въ судъ, онъ не уплачивалъ своего долга и никто не являлся для его защиты, или же предпринятая защита оканчивалась неудачно, то кредиторъ велъ должника къ себѣ, связывалъ его или сковывалъ. Законъ опредѣлялъ minimum въ вѣсѣ оковъ, а также minimum той пищи, которую кредиторъ долженъ кормить своего узника. Кредиторъ не долженъ былъ препятствовать, если должникъ хотѣлъ кормиться на свои средства, которыя могли доставить ему его домочадцы. Узничество продолжалось шестьдесятъ дней; въ это время три раза, въ нундины, узникъ приводился къ претору въ comitium и здѣсь объявлялась громогласно сумма долга, лежащая на узникѣ. Если послѣ всего этого долгъ оставался неуплаченнымъ, то должникъ отдавался кредитору въ кабалу или продавался за Тибръ.

Особый интересъ представляетъ постановленіе, которое занимаетъ послѣднее мѣсто въ III таблицѣ законовъ. Оно относится къ тому случаю, когда одинъ должникъ оказывается отвѣтственнымъ и неисправнымъ предъ нѣсколькими кредиторами. Законъ разрѣшалъ кредиторамъ разсѣчь должника на части, пропорціональныя долгу каждаго. Жестокое, въ глазахъ позднѣйшихъ юристовъ, постановленіе закона вытекало непосредственно изъ древнѣйшаго значенія займа. При займѣ должникъ продавался своему кредитору, такъ что новый заемъ былъ невозможенъ при существованіи стараго. Если же у одного должника оказывалось нѣсколько кредиторовъ, то это могло произойти лишь путемъ обмана со стороны должника; такой должникъ возмущалъ своихъ кредиторовъ и они требовали мести.

Iniuria, какъ общій типъ.

§ 42. Еще въ позднѣйшей юриспруденціи понятію iniuria присвояется весьма широкій смыслъ. По опредѣленію институцій [89]) iniuria обозначаетъ omne quod non iure fit и гораздо

[89]) *Inst.* 4. 4. pr.

раньше Цицеронъ употребляетъ iniuria вообще въ смыслѣ правонарушенія [90]). У юристовъ императорскаго времени a. iniuriarum служила самымъ общимъ средствомъ. Кто сознательно вторгался въ правовую область другаго лица съ намѣреніемъ помѣшать ему въ осуществленіи его права, или воспрепятствовать въ совершеніи какихъ-либо законныхъ дѣйствій, тому грозила a. iniuriarum, если только въ правѣ не существовало уже другаго иска, назначеннаго спеціально служить въ данномъ случаѣ. Такъ, названный искъ давался противъ того, кто входилъ насильно въ чужой домъ, хотя-бы съ цѣлью призванія его хозяина къ суду [91]), кто за невиннымъ человѣкомъ устроивалъ погоню какъ за воромъ, кто со свободнымъ лицомъ обращался какъ съ рабомъ [92]). Далѣе a. iniuriarum преслѣдовала того, кто при помощи зелья лишалъ другаго разсудка [93]), кто препятствовалъ другому пользоваться вещами, составляющими общее достояніе или находящимися въ общественномъ пользованіи, напр., моремъ, банями, гуляньемъ [94]); мало того, a. iniuriarum карала того, кто мѣшалъ другому пользоваться своею собственною вещью [95]). О большинствѣ этихъ случаевъ мы знаемъ отъ Ульпіана и, приводя ихъ, онъ нерѣдко ссылается на болѣе старыхъ юристовъ: Лабеона, Помпонія, откуда видно, что высказанный имъ взглядъ на a. iniuriarum не составлялъ его личнаго достоянія. Иногда кажется, что ссылка, которую онъ дѣлаетъ на своихъ предшественниковъ имѣетъ тотъ смыслъ, что самому Ульпіану этотъ взглядъ не былъ вполнѣ понятенъ и приведенъ имъ только

---

90) *Cicero*, de officiis I. 41: cum enim duobus modis, id est aut vi aut fraude, fiat iniuria.

91) *Dig*. 47. 10 fr. 5 pr., fr. 23.

92) *Dig*. 47. 10 fr. 11 § 9 (Ulp.) Ei, qui servus dicitur seque adserit in libertatem, iniuriarum actionem adversus dicentem se dominum competere nulla dubitatio est;—fr. 12 (Gai.): Si quis de libertate aliquem in servitutem petat, quem sciat liberum esse, neque id propter evictionem, ut eam sibi conservet, faciat: iniuriarum actione tenetur;—fr. 22 (Ulp.) Si liber pro fugitivo adprehensus erit, iniuriarum cum eo agit.

93) *Dig*. 47. 10 fr. 15 pr.

94) *Dig*. 47. 10 fr. 13 § 7; 43. 8 fr. 2 § 9.

95) *Dig*. 47. 10 fr. 24; 19. 1 fr. 25.

благодаря авторитету болѣе раннихъ юристовъ. — Юристы, каковы Яволенъ, Ульпіанъ выдвинули впередъ animus iniuriandi, т.-е. прямое намѣреніе правонарушителя оскорбить потерпѣвшаго; въ зависимость отъ этого условія они ставили примѣненіе a. iniuriarum. Но такое нововведеніе, повидимому, не сократило особенно примѣненія нашего иска. Напротивъ, оно привело къ тому, что его стали допускать въ новыхъ случаяхъ и между прочимъ *рядомъ* съ другими исками. Кто огласитъ завѣщаніе, ввѣренное ему для храненія, тотъ, по Лабеону, отвѣчаетъ по иску о поклажѣ; по Ульпіану же, онъ отвѣчаетъ также по a. iniuriarum [96]). Лабеонъ отрицалъ a. iniuriarum въ томъ случаѣ, когда два сосѣда, владѣющіе участками на различной высотѣ, оскорбляли другъ друга, направляя въ сосѣднее владѣніе дымъ или падающіе камни; Яволенъ примѣнилъ къ этому случаю a. iniuriarum [97]). Въ распоряженіи позднѣйшихъ юристовъ этотъ искъ служилъ вообще средствомъ противъ издѣвательства надъ личностью другаго, все равно, касалось-ли издѣвательство именно личности (какъ, напр., въ вышеприведенномъ случаѣ обращенія со свободнымъ человѣкомъ, какъ съ рабомъ), или оно обращалось на имущественныя права противника. Кто нарушалъ чужое право безъ всякой претензіи на него, изъ одного желанія нанести непріятность его обладателю, тотъ отвѣчалъ по a. iniuriarum.— Таково широкое употребленіе этого иска въ имперіи, таковъ широкій смыслъ понятія: iniuria. Несомнѣнно, что во время XII таблицъ, когда отдѣльныя правонарушенія были индивидуализированы несравненно меньше, чѣмъ это было въ позднѣйшее время, iniuria обозначала всякое правонарушеніе, въ особенности же нарушеніе не строго—имущественнаго свойства.

Furtum, какъ общій типъ.

§ 43. Нарушенія имущественнаго свойства, въ чемъ бы они ни состояли, легко подводились подъ furtum. Гай [98]) и Па-

[96]) *Dig*. 16. 3 fr. 1 § 38; ср. *Dig*. 9. 2 fr. 41. pr.

[97]) *Dig*. 47. 10 fr. 44.

[98]) *Gai*. III. 195. Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.

велъ [99]) опредѣляютъ furtum вообще какъ присвоеніе (contrectatio) непринадлежащей вещи. Изъятіе вещи изъ чужаго владѣнія, пользованіе вещью, отданною на храненіе, или пользованіе вещью, отданною въ ссуду, по свыше разрѣшеннаго предѣла,—равно составляютъ furtum. Предметомъ furtum могутъ быть свободныя лица: жена, дѣти [100]). Еще Сабинъ держался того мнѣнія, что furtum распространяется и на недвижимости [101]). О двѣнадцати таблицахъ извѣстно, что многія имущественныя нарушенія чужаго права разсматривались въ нихъ, какъ furtum. Невозвращеніе вещи, принятой на храненіе (a. depositi), растрата опекуномъ ввѣреннаго ему имущества (a. rationibus distrahendis), употребленіе въ постройку чужаго матеріала (a. de tigno iuncto), продажа чужой вещи (a. auctoritatis) вели къ взысканію duplum. Но duplum есть штрафъ за воровство (a. furti nec manifesti). Подлежитъ сомнѣнію, были-ли извѣстны перечисленныя нами названія исковъ уже во время XII таблицъ и не прилагался-ли по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ изъ этихъ случаевъ безъ различія искъ о воровствѣ. Мы можемъ оставить этотъ вопросъ безъ разрѣшенія относительно XII таблицъ; что же касается вообще древнѣйшаго права, то припомнимъ еще разъ, что тогда не дѣлалось никакого различія умышленнаго и неумышленнаго нарушенія чужаго права. Отсюда ясно, что въ древнѣйшемъ правѣ, кромѣ деликта, не было необходимости въ признаніи какого-либо другаго источника для обязательствъ, для того чтобы оградить судебною защитою всѣ обязательства, извѣстныя этому праву.

Защита права собственности.

§ 44. Судебная защита собственности не отличалась сначала отъ судебной защиты другихъ правъ. Еще Гаю былъ извѣстенъ особый искъ, уже упомянутый нами выше. Мы

---

[99]) *Dig.* 47. 2. fr 1 § 3. Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve.

[100]) *Gai.* III. 199.

[101]) *Gell.* 11. 18.... inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis. In quo id quoque scriptum est, quod volgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum.

говоримъ объ a. furti concepti. Посредствомъ этого иска собственникъ возвращалъ украденную вещь. A. furti concepti имѣла силу противъ каждаго лица, у котораго вещь находится, безъ различія, есть-ли это лицо воръ или нѣтъ, добросовѣстный или недобросовѣстный владѣлецъ; во всякомъ случаѣ отвѣтчикъ подвергался штрафу втрое противъ цѣны похищеннаго. Отвѣтчикъ не-воръ, путемъ другаго иска, actio furti oblati, взыскивалъ съ лица, передавшаго ему вещь, такой штрафъ, какой былъ взысканъ съ него самого. — Противъ самаго вора обладатель вещи дѣйствовалъ путемъ исковъ, извѣстныхъ подъ именемъ a. furti manifesti и a. furti nec manifesti.

Строго-уголовный характеръ ихъ, въ особенности первыхъ двухъ исковъ, обличаетъ ихъ древнее происхожденіе. Эти иски представляли достаточное средство для защиты древнѣйшей собственности. Они образовались тогда, когда возникло частное обладаніе вещами, но правовое чувство было еще проникнуто местью, такъ что всякое правонарушеніе разсматривалось, какъ преступленіе. Они остались средствомъ защиты относительно вещей nec mancipi и тогда, когда съ развитіемъ гражданскаго оборота изъ области всѣхъ вещей выдѣлилась особая группа вещей mancipi (§ 23). Что же касается до этихъ послѣднихъ, то съ положеніемъ ихъ, какъ первенствующаго предмета обмѣна, не совмѣщался уголовный способъ защиты. Начало, по которому каждый владѣлецъ чужой вещи разсматривается непремѣнно какъ воръ, шло наперекоръ развитію гражданскаго оборота, уменьшая желаніе пріобрѣтать и, слѣдовательно, желаніе сбывать.

Rei vindicatio.

Для защиты права собственности на вещи mancipi выработался новый искъ: виндикація, rei vindicatio. Виндикація совершалась въ сакраментальной формѣ (l. a. sacramenti) и мы имѣли уже случай, когда говорили объ этой формѣ, описать подробно, какъ она происходила. Виндикація была направлена исключительно на возвращеніе вещи. Обрядъ виндикаціи былъ сложенъ, благодаря своей торжественности; но не было ничего сложнаго въ томъ исковомъ требованіи, которое выражалось виндикаціей. Весь обрядъ ея сосредоточи-

вался исключительно на спорѣ о принадлежности вещи. Судебный приговоръ разрѣшалъ только этотъ спорный вопросъ, никакіе другіе вопросы съ нимъ не связывались [102]). Судебное рѣшеніе исполнялось въ натурѣ: выигравшая сторона брала себѣ присужденную ей вещь и этимъ оканчивались ея расчеты съ противникомъ. Никакихъ другихъ расчетовъ, осложняющихъ главное, основное требованіе виндикаціи — возвращеніе вещи — старое право не знало. Даже расчетъ за ухудшеніе вещи, которое произошло во время самаго процесса (если въ это время вещь находилась у противника) выигравшая сторона вела не съ самимъ противникомъ, а съ особыми поручителями. Съ этою цѣлью, по окончаніи вышеописанной (§ 35) торжественной процедуры предъ магистратомъ и до начала разбирательства дѣла (для чего назначался особый судья, гл. VI) магистратъ опредѣлялъ, у кого должна остаться вещь на время спора. Избранная имъ сторона получала вещь во временную собственность и представляла поручителей (praedes litis et vindiciarum) въ томъ, что будетъ пользоваться вещью во все время процесса, не умаляя ея цѣнности и возвратитъ ее съ произведеннымъ ею приплодомъ (fructus) [103]). Въ случаѣ нарушенія этого обязательства отвѣтственность за то несли сами поручители.

Въ сравненіи съ исками противъ вора виндикація представляется средствомъ, болѣе высокимъ. Что же касается до связи ея съ вещами mancipi, то она отражается въ самомъ ея характерѣ. Виндикація не ограничена ни мѣстомъ нахожденія вещи, ни временемъ (кромѣ давности), ни лицомъ и идетъ противъ всѣхъ и каждаго, у кого находится вещь; спорная вещь приносится въ судъ, или, если споръ идетъ о недвижимости, судъ идетъ къ ней; истецъ для того, чтобы доказать свое право, долженъ доказать законное пріобрѣтеніе имъ вещи и правильность всѣхъ предыдущихъ переходовъ вещи изъ рукъ въ руки; отвѣтчикъ, въ свою очередь, можетъ доказать свое право не иначе, какъ выяснивъ въ свою пользу

---

[102]) *Ihering*, III § 54.

[103]) *Festus*, см. Vindiciae; *Pseudo-Ascon.*: .... ne interea possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat.

весь рядъ передачъ вещи. Въ древности въ этихъ случаяхъ главнымъ и единственнымъ способомъ доказательства служили свидѣтели. Первоначальный типъ подобнаго процесса могъ выработаться только на предметахъ, обладающихъ нѣкоторою внѣшнею индивидуальностью, легко распознаваемыхъ и запоминаемыхъ, а такими именно были res mancipi и притомъ только онѣ. Позднѣйшее примѣненіе виндикаціи ко всѣмъ вещамъ должно быть сравнительно позднѣйшаго происхожденія.

Такимъ образомъ гражданскій оборотъ содѣйствовалъ ограниченію уголовнаго начала въ примѣненіи къ судебной защитѣ права собственности; виндикація не была уже уголовнымъ искомъ.

Дуализмъ права собственности

Образованію виндикаціи предшествовало образованіе манципаціи, какъ способа передачи вещей, вошедшихъ въ сферу гражданскаго оборота (§ 24). Итакъ, еще задолго до изданія законовъ XII таблицъ, образовалось два вида собственности, различіе которыхъ основывалось на различіи предметовъ, способовъ пріобрѣтенія и способовъ защиты. Понятно, что юридическія отношенія того вида, который, по всей вѣроятности, назывался mancipium, предметомъ котораго были res mancipi, а способами установленія и охраны mancipatio и rei vindicatio, составляли господствующее явленіе юридической жизни и гораздо чаще, чѣмъ отношенія другаго вида, подлежали разсмотрѣнію и обсужденію юристовъ; поэтому mancipium могло получить въ глазахъ послѣднихъ значеніе нормальнаго права, res mancipi — значеніе нормальнаго объекта собственности и не только собственности, но и другихъ правъ, ибо и они могли быть связаны съ res mancipi (напр., опека). Другой видъ собственности, какъ по своей роли въ гражданскомъ быту, такъ и по своему внутреннему развитію, блѣднѣлъ предъ mancipium и его объекты не получили собственнаго имени, а обозначались отрицательно: res nec mancipi; имя же, которымъ обозначалось относившееся къ нимъ право, не сохранилось въ источникахъ.

V.

Законодательство XII таблицъ и право Квиритовъ.

§ 45. Намъ пора остановиться на законодательномъ памятникѣ, которымъ мы пользовались уже такъ много для характеристики древнѣйшаго гражданскаго правосудія.

Законы XII таблицъ.

Къ первымъ годамъ четвертаго столѣтія, по римскому лѣтосчисленію, относится важное событіе въ исторіи гражданскаго права Рима: впервые постановленія этого права появились предъ народомъ, облеченныя въ форму закона—начертанныя на двѣнадцати бронзовыхъ доскахъ въ ряду другихъ юридическихъ постановленій («corpus omnis romani iuris, fons publici privatique iuris», какъ выражается Ливій о законахъ XII таблицъ).

Особыя обстоятельства вызвали это замѣчательное событіе. Въ однородной средѣ, которая не раздѣляется ни политическою, ни соціальною рознью, гражданское право долгое время можетъ развиваться путемъ юридическихъ сдѣлокъ и судебныхъ рѣшеній, т. е. непосредственною практикою гражданскаго оборота и правосудія, — не требуя вмѣшательства мощной руки законодателя. Если при такихъ условіяхъ и возникаетъ нужда въ письменномъ изложеніи нормъ, укрѣпленныхъ обычаемъ, то она удовлетворяется частнымъ путемъ,—литературными сборниками. Примѣръ такого сборника извѣстенъ намъ еще отъ времени послѣднихъ царей, впрочемъ только по имени (ius Papirianum); жрецъ Папирій записалъ, какъ гласитъ преданіе, постановленія, дѣйствовавшія въ его

время («leges regiae»). Юристу Павлу былъ извѣстенъ комментарій Граннія Флакка, написанный на это сочиненіе. Но ни сдѣлка, ни судебное рѣшеніе, ни литературная разработка не въ состояніи оказать нужное дѣйствіе, когда гражданское общество раздирается на части внутреннею борьбою; въ такомъ состояніи и судъ, и литература сами втягиваются въ борьбу и становятся орудіемъ политическихъ партій. Умиротвореніе вносится въ общество работою и вліяніемъ законодателя.

Преданіе, наивно относящееся къ событіямъ прошлаго, разсказываетъ, что съ изгнаніемъ царей исчезло все право царскаго времени. Разумѣется, политическій переворотъ не могъ разрушить учрежденій, созданныхъ не по прихоти отдѣльныхъ лицъ,—каковы въ особенности учрежденія гражданскаго права. Тѣмъ не менѣе преданіе схватило съ характеристической стороны то состояніе, которое возникло въ римскомъ обществѣ вслѣдъ за паденіемъ царскаго престола (244 г.). Это паденіе было дѣломъ патриціата, опасавшагося демагогическихъ стремленій послѣдняго царя. Въ первое время руководители переворота старались рядомъ подачекъ расположить къ себѣ бѣдный народъ; когда же опасность возвращенія изгнаннаго тирана миновала, не было препятствій къ тому, чтобы дѣйствительныя стремленія сословій выразились съ полною откровенностью. Не зачѣмъ повторять всѣ перипетіи полустолѣтней борьбы; достаточно напомнить ея главныя черты. Мы встрѣчаемся здѣсь съ процессомъ разложенія общиннаго обладанія землею путемъ насильственнаго захвата ея господствующимъ классомъ при постоянномъ, но безполезномъ протестѣ притѣсненнаго большинства населенія; мы встрѣчаемся далѣе съ долговыми отношеніями, отмѣченными безсердечіемъ кредиторовъ и несправедливостью судебной власти, представители которой, принадлежа къ патриціату, держатъ его руку. Судебныя рѣшенія стали произвольны и пристрастны. Народныя воззрѣнія на должное и недолжное, на справедливое и несправедливое, конечно, не измѣнились; сложившіяся правовыя учрежденія не искоренились, но чувствовалась непрочность правоваго порядка, отсутствіе обезпеченій, свой-

ственныхъ правовымъ отношеніямъ. Старое право не исчезло, но справедливо могло показаться исчезающимъ, когда сама же власть расшатывала его. Угнетенная часть народа подняла требованіе объ изданіи законовъ и въ концѣ концовъ получила ихъ. Когда происходило все это, не были забыты еще примѣры славныхъ законодательствъ болѣе глубокой древности. Въ особенности примѣръ Солонова законодательства дѣйствовалъ внушительно; въ Римѣ хорошо знали о немъ и были готовы слѣдовать по стопамъ Грековъ.

Выяснить напередъ дѣйствующія юридическія нормы и тѣмъ обезпечить ихъ однообразное примѣненіе на судѣ—вотъ въ чемъ заключалось назначеніе двѣнадцати таблицъ. Отдѣльныя постановленія ихъ могли содержать въ себѣ нововведенія, но въ цѣломъ своемъ онѣ представляли не столько преобразованіе, сколько выясненіе и укрѣпленіе до нихъ сложившагося или намѣченнаго жизнью правоваго порядка. Не смотря на это, должно приписать имъ глубокое вліяніе на послѣдующее развитіе гражданскаго права. Въ исторіи юридическихъ воззрѣній составляло важный шагъ то обстоятельство, что постановленія, до сихъ поръ выражавшіяся казуально, въ сдѣлкахъ и рѣшеніяхъ, и сознаваемыя какъ обычай, были теперь изложены письменно, въ относительно отвлеченной (для того времени) формѣ; теперь они стали сознаваться въ качествѣ отчетливыхъ формулъ. Законъ отличается отъ судебнаго рѣшенія и сдѣлки именно своею относительною отвлеченностью, отъ обычая—отчетливостью, которая вносится имъ въ юридическія воззрѣнія. Судебное рѣшеніе и сдѣлка выражаютъ постановленія касательно одного случая; законъ обнимаетъ въ общей формулѣ цѣлый рядъ однородныхъ случаевъ; онъ содержитъ общую норму, расчитанную на среднiй типъ случаевъ, лицъ, предметовъ и отношеній. Судебное рѣшеніе разрѣшаетъ случаи, уже совершившіеся; законъ издается въ предвидѣніи будущихъ случаевъ, представляемыхъ только въ возможности. Отсюда видно, какое значеніе имѣетъ фактъ появленія законодательства въ процессѣ развитія юридическихъ воззрѣній, со стороны ихъ отвлеченности; только съ появленіемъ закона можетъ возникнуть отчетливое понятіе юридической нормы.—

Прогрессъ юридическаго мышленія.

значеніе совершеннаго шага сознавалось современнымъ обществомъ. Въ законодательствѣ видѣли дѣло величайшей мудрости, для исполненія котораго потребовалось избраніе десяти мужей съ неограниченною властью: всѣ учрежденія обычнаго государственнаго строя замерли на время, пока эта чрезвычайная власть творила свое дѣло. Изданный ею законъ почитался святынею, почти-что неприкосновенною. Свою долю вліянія во всемъ этомъ оказало, конечно, и политическое значеніе законодательства XII таблицъ. «Оно было трудно добытымъ благомъ, такъ что позднѣйшее поколѣніе вспоминало еще о борьбѣ, которой оно стоило, и о цѣнѣ, которую придавали его пріобрѣтенію. Это не былъ просто законъ, т. е. сумма юридическихъ нормъ; напротивъ, нормы, заключавшіяся въ немъ, были въ то же время правами въ субъективномъ смыслѣ. Это была magna charta, грамота плебейской свободы, ревностное соблюденіе и охраненіе которой было дѣломъ не только сословнаго интереса, но и сословной чести». Законъ XII таблицъ былъ какъ бы сдѣлкою двухъ классовъ, которые гарантировали взаимно свои права (lex est communis reipublicae sponsio): самое слово законъ (lex) въ то время не перестало еще служить для обозначенія сдѣлки [104]).

Система XII таблицъ.

§ 46. По какой системѣ децемвиры изложили свое законодательство? Для разрѣшенія этого вопроса имѣются только скудныя данныя [105]). Цицеронъ, замѣчая «съ малолѣтства учили мы: si in ius vocat и т. д.» [106]) разумѣетъ, очевидно, законодательство XII таблицъ. Изъ того обстоятельства, что слова «si in ius vocat» Цицеронъ избралъ для обозначенія всего законодательства, заключаютъ, что они были въ этомъ послѣднемъ начальными словами. Стало быть, правила о призывѣ въ судъ содержались въ 1-й таблицѣ закона. Это предполо-

---

[104]) Таково первоначальное значеніе слова lex; lex=сдѣлка. Въ этомъ значеніи оно извѣстно еще юристамъ императорскаго періода.

[105]) *Dirksen*, Uebersicht der bisherigen Versuche etc., 1824, стр. 8 — 22; 100 — 112; *Schoell*, Legis XII tab. reliquiae, 1866, стр. 67 –72; *Мэнъ*, О системѣ древнѣйшихъ кодексовъ, Юрид. Вѣстн. 1882 г., № 2.

[106]) De legibus, II. 4.

женіе подкрѣпляется общими данными о системѣ древнѣйшихъ кодексовъ. Всѣ они начинаются обыкновенно постановленіями о судопроизводствѣ, которое, въ качествѣ могущественнаго средства къ установленію внутренняго мира, по преимуществу интересовало древнѣйшаго законодателя. — Фестъ («reus») свидѣтельствуетъ, что во второй таблицѣ было постановлено о законныхъ причинахъ для отсрочки суда. Отъ Діонисія Галикарнасскаго извѣстно, что постановленіе о правѣ отца на продажу дѣтей находилось въ четвертой таблицѣ, а запрещеніе смѣшанныхъ браковъ между патриціями и плебеями—въ одной изъ двухъ послѣднихъ таблицъ. По Цицерону [107]), правило о погребеніяхъ принадлежало десятой таблицѣ.—Всѣ эти данныя бросаютъ нѣкоторый свѣтъ на систему законодательства децемвировъ. Другія данныя могутъ имѣть подобное же значеніе. Юристъ II в. по Р. X., Гай принадлежалъ къ числу многочисленныхъ комментаторовъ XII таблицъ. Отъ комментарія Гая сохранились въ дигестахъ двадцать фрагментовъ. Въ каждомъ фрагментѣ обозначается, изъ которой именно книги комментарія онъ былъ заимствованъ, что́ даетъ возможность опредѣлить порядокъ, въ которыхъ фрагменты слѣдовали въ комментаріи; порядокъ же этого послѣдняго, въ свою очередь, характеризуетъ порядокъ самаго законодательства. Далѣе порядокъ, въ которомъ цитируются древними писателями мѣста изъ XII таблицъ, расположеніе преторскаго эдикта, который долженъ былъ отразить на себѣ систему XII таблицъ, и другія т. п. данныя въ состояніи служить подспорьемъ въ изслѣдованіи о системѣ XII таблицъ. Дирксенъ, опираясь на Готофреда, исполнилъ подобное изслѣдованіе съ особою полнотою и большимъ увлеченіемъ. Результаты, къ которымъ пришелъ Дирксенъ, должны быть признаны за справедливые лишь въ своихъ основныхъ чертахъ. Въ дѣйствительности всѣ вышеуказанныя данныя слишкомъ недостаточны для того, чтобы служить для *полнаго* возстановленія системы XII таблицъ. Капитальная ошибка Годофреда состояла между прочимъ въ томъ его предположеніи, что каждая таблица могла соотвѣт-

---

107) De legibus, II 25.

ствовать особому отдѣлу права, что каждая изъ шести книгъ комментарія Гая соотвѣтствовала двумъ таблицамъ и что между каждыми двумя таблицами существовала опредѣленная внутренняя связь, такъ что каждая пара таблицъ составляла законченное цѣлое. Вѣрнѣе думать, что правильная систематика, охватывающая все законодательство, была недоступна децемвирамъ и распредѣленіе текста по таблицамъ было въ значительной мѣрѣ случайное. Какъ замѣтилъ уже Пухта, отдѣльныя таблицы играли роль не столько главъ, сколько страницъ законодательства. Текстъ закона писался сверху внизъ до конца таблицы и потомъ продолжался непосредственно на слѣдующей таблицѣ; такой способъ изложенія встрѣчается еще въ позднѣйшихъ законодательныхъ памятникахъ. Можно говорить о порядкѣ изложенія въ законѣ XII таблицъ, но ошибочно предполагать, что правильное размѣщеніе содержанія по отдѣльнымъ таблицамъ было принадлежностью этого порядка.— Въ настоящее время законы XII таблицъ издаются по системѣ Дирксена,—не потому, что эту систему считаютъ непогрѣшимою, но потому, что, за невозможностью открыть какую-либо другую систему, держатся за Дирксенову систему, какъ за условную.

Право Квиритовъ.

§ 47. Учрежденія, подтвержденныя законодательствомъ децемвировъ, составили основу права Квиритовъ или цивильнаго (ius Quiritium, ius civile). Такъ называли римляне правовой порядокъ, который безусловно господствовалъ въ IV и V вѣкахъ римскаго лѣтосчисленія, сохранялъ свою силу въ три послѣдующія столѣтія, разрушаясь постепенно подъ вліяніемъ образованій новаго происхожденія, и, въ отдѣльныхъ своихъ проявленіяхъ, не былъ позабытъ еще въ первой половинѣ императорскаго періода. Это было національное римское или «квиритское» право, потому что оно было доступно однимъ римлянамъ. Только римскіе граждане могли пріобрѣтать и судиться по этому праву; потому оно называлось также «цивильнымъ», т.-е. «гражданскимъ». По своему содержанію, это право было переходнымъ образованіемъ. Оно заняло промежутокъ между грубой римской стариной и развитымъ порядкомъ будущаго, связывая собою эти крайніе пункты римскаго юридическаго творчества. Само оно находилось въ состояніи по-

стояннаго прогресса. Въ двѣнадцати таблицахъ оно является еще сродни безыскуственнымъ и лишеннымъ всякой мягкости учрежденіямъ древнѣйшаго періода; чрезъ два, три вѣка въ немъ появляются уже институты, которыми не пренебрегаетъ позднѣйшее, высшее право. Это переходное значеніе квиритскаго права обозначилось въ самомъ содержаніи XII таблицъ. Постановленія о судопроизводствѣ (таблицы I и II), о порядкѣ взысканія съ неисправныхъ должниковъ (таблица III) и о взысканіи за преступленія (таблица VIII) дышали началами самоуправства и мести; но вмѣстѣ съ тѣмъ выражалась опредѣленная тенденція къ укрощенію такого духа путемъ государственнаго воздѣйствія. Съ теченіемъ времени квиритское право преодолѣло самоуправство и сгладило наиболѣе рѣзкія проявленія мести; оно сдѣлало первые шаги къ различенію умышленной и неумышленной провинности и тѣмъ подготовило коренную реформу будущаго. — Но если одна часть постановленій XII таблицъ соприкасалась съ грубыми, отживавшими свой вѣкъ учрежденіями, то другая была обращена лицомъ къ будущему. Экономическая основа права XII таблицъ — право частной собственности, движимой и недвижимой. Квиритская собственность—еще не полная, «неограниченная» собственность, съ которою мы встрѣчаемся позднѣе; распоряженіе этой собственностью состояло еще подъ контролемъ рода и родичей (выше, § 20), но ходъ постепеннаго развитія квиритскаго права былъ въ то же время ходомъ постепеннаго развитія частной собственности; на высшихъ же ступеняхъ своего развитія квиритское право породило сдѣлки, которые свидѣтельствовали одновременно, какъ о значительномъ упадкѣ уголовной точки зрѣнія на правонарушеніе, такъ и о значительномъ успѣхѣ, достигнутомъ въ развитіи частнаго обладанія имуществомъ. Таковы нравственное и экономическое основанія квиритскаго права. Умственная печать, наложенная на него, отличается бо̀льшимъ единствомъ и выдержанностью. Квиритское право—право формальное. Оно осуществило формализмъ съ силою, нигдѣ болѣе не встрѣчавшеюся; этотъ формализмъ особенно отличалъ его и ему оно обязано своимъ безсмертіемъ въ исторіи.

Право, какъ власть.

§ 48. Кто отнесется къ квиритскому праву съ точки зрѣнія новѣйшихъ юридическихъ идей, того поразитъ въ учрежденіяхъ этого права выраженіе необыкновенной личной энергіи и личнаго могущества. Все судопроизводство построено на этихъ началахъ: истецъ самъ зоветъ и приводитъ отвѣтчика въ судъ (in ius vocatio), кредиторъ самъ тащитъ въ кабалу неисправнаго должника (manus iniectio) или захватываетъ его вещь, въ обезпеченіе долга (pignoris capio), собственникъ самъ отыскиваетъ свою вещь и доставляетъ ее въ судъ, на судѣ же онъ выразительнымъ образомъ, дѣйствуя вооруженною рукою, даетъ противнику почувствовать свою власть надъ нею (vindicatio). То же самое—въ юридическихъ сдѣлкахъ; права не только защищаются, но и пріобрѣтаются при участіи личной энергіи. Въ манципаціи пріобрѣтатель не получаетъ свою вещь отъ продавца, но какъ бы самъ овладѣваетъ ею; подобное же происходило, вѣроятно, и при заключеніи займа, гдѣ дѣйствующимъ лицомъ долженъ былъ являться не должникъ, но кредиторъ. Въ торжественныхъ формулахъ, произносимыхъ въ этихъ случаяхъ, и въ жестахъ, ихъ сопровождающихъ, оттѣняется сверхъ того господство, которое имѣетъ принадлежать субъекту надъ объектомъ его права.

Все это, въ связи съ нѣкоторыми другими обстоятельствами, можетъ дать поводъ утверждать, что квиритскому праву особенно свойственна идея господства, что, по воззрѣнію древнихъ римлянъ, право мыслилось преимущественно какъ господство, и что все это отвѣчало тѣмъ стремленіямъ къ личному могуществу, которымъ вообще былъ преисполненъ римскій гражданинъ. Такое утвержденіе однако невѣрно; оно рисуетъ квиритское право слишкомъ односторонне. Еще болѣе невѣрно, если бы въ вышесказанномъ качествѣ его усмотрѣли нѣкоторое преимущество, котораго будто бы лишено современное намъ право; доля правды, которую желали бы въ этомъ случаѣ выставить на видъ, представляется преувеличенною.

Во избѣжаніе недоразумѣній надо сказать слѣдующее:

1. Господство составляетъ общій аттрибутъ права; оно присуще праву и въ наше время. Притомъ въ наше время оно развито гораздо больше, потому что, вслѣдствіе наибольшаго

развитія государственности, мы обезпечены въ нашихъ правахъ вообще крѣпче, нежели то было въ древнѣйшемъ обществѣ. Но по той же причинѣ мы и не замѣчаемъ нашей гражданской власти. При относительной прочности защиты, которую доставляетъ намъ современный строй общества, мы не принуждены такъ часто думать о своихъ правахъ, какъ это долженъ былъ дѣлать древній римлянинъ; а о чемъ мы думаемъ рѣже, то и замѣчается нами менѣе. Къ тому же и самыя выраженія власти въ наше время менѣе грубы и не бросаются въ глаза такъ рѣзко, какъ въ древнее время.

При всемъ этомъ личная власть не составляетъ единственнаго аттрибута права. Правовой порядокъ есть произведеніе двухъ взаимодѣйствующихъ факторовъ, изъ которыхъ каждый вноситъ въ него особую тенденцію. Эти факторы суть: субъектъ гражданскихъ правъ и гражданско-правовая власть. Первый факторъ вноситъ въ право тенденцію власти, второй—тенденцію общаго блага. Вторая тенденція выше первой и подчиняетъ ее себѣ. Господство, предоставленное частнымъ лицамъ, регулируется гражданско-правовою властью съ точки зрѣнія общаго блага и такимъ образомъ, въ концѣ концовъ, весь правовой порядокъ представляется выраженіемъ идеи общаго блага, какъ она понимается въ каждое отдѣльное время.

2. Въ квиритскомъ правѣ личная энергія въ защитѣ правъ выдавалась впередъ вслѣдствіе относительной слабости государственной власти по отношенію къ гражданскому праву. Это было проявленіемъ самоуправства. Самоуправство выражалось въ грубыхъ и рѣзкихъ формахъ, потому что нравы и чувства были въ то время грубы. Были грубы также общественныя отношенія и неразвиты соотвѣтствующія идеи. Когда торговля только-что перестала быть разбоемъ и купля — захватомъ, тогда ясная идея обмѣна не была еще выработана; въ способахъ пріобрѣтенія изображалась не передача или обмѣнъ права, а ихъ, будто бы, односторонній захватъ пріобрѣтателемъ.

3. Впрочемъ были особыя причины, которыя содѣйствовали развитію личной энергіи въ римскомъ правѣ. Военный бытъ вообще поддерживалъ стремленіе къ захвату, внутренняя политическая борьба пріучила дорожить правами, однажды пріоб-

рѣтенными, и отстаивать ихъ съ особою настойчивостью. Въ квиритскомъ правѣ отразился римскій національный характеръ въ томъ видѣ, какъ онъ сложился вслѣдствіе исторических и политическихъ условій. Если право есть господство, то мѣра пользованія этимъ господствомъ и способъ проявленія его разнообразится, смотря по тому, въ какой мѣрѣ народамъ свойственна настойчивость въ защитѣ своихъ правъ.

Гражданское право XII таблицъ.

§ 49. Теперь сдѣлаемъ обзоръ постановленій XII таблицъ, насколько они относятся къ гражданскому праву.

Въ гражданскомъ правѣ XII таблицъ надо различать три главныя историческія наслоенія:

Первое наслоеніе есть остатокъ отъ первоначальнаго состоянія гражданскаго права. Сюда относятся формы торжественнаго самоуправства и проявленія уголовнаго возмездія. Въ квиритскомъ правѣ они находятся въ состояніи постепеннаго вымиранія.

Второе наслоеніе есть типическая принадлежность квиритскаго права. Учрежденія, которыя принадлежатъ сюда, процвѣтали именно въ періодъ господства XII таблицъ; ихъ паденіе начинается не ранѣе VI столѣтія и есть въ то же время паденіе XII таблицъ и квиритскаго права. Сюда относятся учрежденія, которыя коренятся въ древне-римскомъ семейно-родовомъ строѣ (наслѣдованіе, опека) и формализмъ.

Третье наслоеніе состоитъ изъ учрежденій, которыя въ квиритскомъ правѣ еще не достигли своего полнаго развитія. Это—проявленія начала личнаго обладанія имуществомъ, формы частнаго обладанія имуществомъ (право собственности, права по сосѣдству, сервитуты).

Мы изложимъ законодательство XII таблицъ въ сказанномъ порядкѣ; только изложеніе формализма, по его обширности, придется выдѣлить въ особую главу. Разумѣется, нѣтъ нужды излагать постановленія, касаться которыхъ мы имѣли уже случай на предшествующихъ страницахъ.

I. Первое наслоеніе — самоуправство и уголовныя взысканія.

§ 50. Постановленія о торжественномъ приводѣ отвѣтчика въ судъ (in ius vocatio) открывали собою законодательство

децемвировъ. Судопроизводству посредствомъ наложенія руки (l. a. per manus iniectionem), въ связи съ порядкомъ взысканія съ неисправныхъ должниковъ, былъ посвященъ въ немъ рядъ постановленій (III табл.). Точно такъ же законодательство касалось судопроизводства посредствомъ захвата вещи (l. a. per pignoris capionem). Наконецъ постановленія, которыя относятъ обыкновенно въ VIII таблицу, опредѣляли взысканія за гражданскія преступленія.

Все это изложено уже нами въ другой связи, въ главахъ третьей и четвертой.

Формы самоуправства и уголовныя взысканія были много древнѣе законодательства децемвировъ; но они жили еще и въ этомъ послѣднемъ и начали исчезать не раньше, какъ чрезъ сто лѣтъ послѣ его появленія (гл. IX).

II. Второе наслоеніе—учрежденія семейно-родовыя (наслѣдованіе и опека).

Время господства XII таблицъ — время полнаго развитія агнатской семьи. Ея строй опредѣлилъ постановленія XII таблицъ о порядкѣ наслѣдованія [108]) и объ опекѣ.

Историческое соотношеніе видовъ наслѣдованія.

§ 51. Оба вида наслѣдованія: по закону (или по обычаю) и по завѣщанію, упоминаются въ законахъ XII таблицъ. «Да будетъ такъ», гласитъ законъ, какъ «постановитъ домовладыка о судьбѣ своего имущества и объ опекѣ надъ нимъ. Если же кто умретъ безъ завѣщанія, то» и т. д. Этотъ способъ выраженія, въ которомъ право совершать завѣщаніе представляется какъ бы безусловнымъ, самое завѣщаніе какъ бы обычнымъ явленіемъ гражданской жизни, а наслѣдованіе по за-

---

[108]) Для наслѣдственнаго права по законамъ XII таблицъ см. *Vering*, Römisches Erbrecht, 1861, стр. 110—198, 429—436; *Schirmer*, Handbuch des römischen Erbrechts, 1863; *его же* статья въ Zeit. f. Rechtsgeschichte, 1881, II (XV), стр. 165; *Gans*, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung, II, 1825, стр. 37—92; 366—368; 381—383; *Мэнъ*, Древнее право, стр. 156—164; *Фюстель-де-Куланжъ*, Гражданская община античнаго міра, стр. 89—103; *Іерингъ*, I, § 11 b; *Моммсенъ*, Римская исторія, I, стр. 143.

кону—лишь дополнительною формою, установленною на случай отсутствія завѣщанія, — можетъ ввести въ заблужденіе относительно историческаго соотношенія обѣихъ формъ. Можетъ показаться, что наслѣдованію по завѣщанію принадлежитъ въ исторіи первенство или что, по крайней мѣрѣ, обѣ формы образовались и развивались одновременно. Такое заключеніе подтверждается, повидимому, и другими обстоятельствами. Долгое время не существовало въ римскомъ правѣ законодательныхъ ограниченій свободы завѣщанія. Только съ конца VI вѣка стали появляться законы, которые стѣснили завѣщателя въ дѣлѣ назначенія отказовъ (легатовъ); таковы lex Furia 571 г., l. Voconia 585 г., l. Falcidia 714 г. Рѣчь о нихъ будетъ ниже. Постановленія Фальцидіева закона сохранили свою силу до Юстиніана. Рядомъ съ ограниченіями свободы въ назначеніи отказовъ развивались постановленія объ обязательной наслѣдственной долѣ, т. е. о долѣ наслѣдственнаго имущества, которая непремѣнно должна оставаться въ пользу близкихъ родственниковъ завѣщателя. Выработанныя первоначально судебнымъ путемъ, эти постановленія пользовались покровительствомъ претора и приняли окончательную форму въ 115-й новеллѣ Юстиніана, о чемъ подробности также будутъ сообщены ниже. Итакъ, повидимому, свободное въ началѣ, завѣщаніе стало потомъ стѣсненнымъ. Исторія римскаго права отъ времени XII таблицъ до времени Юстиніана есть какъ бы исторія постепеннаго ограниченія свободы завѣщанія, безусловной въ началѣ.

Это заключеніе было бы однако черезъ-чуръ поспѣшное. Отсутствіе законодательныхъ ограниченій не равнозначуще еще отсутствію всякихъ ограниченій. Въ то время, когда законъ не постановлялъ никакихъ ограниченій для завѣщанія, могли существовать и, дѣйствительно, существовали другіе источники для ограниченій, болѣе могущественные, чѣмъ самый законъ. Завѣщаніе находилось подъ постояннымъ контролемъ народнаго собранія и представителей отдѣльныхъ общинъ (родовъ). Законодательныя ограниченія явились только тогда, когда сталъ падать этотъ контроль: появленіе законодательныхъ ограниченій обозначало, что на судебную власть пере-

носился тотъ надзоръ, который прежде принадлежалъ самому обществу. Ихъ появленіе знаменовало въ то же время шагъ впередъ, а не назадъ, на пути развитія свободы завѣщаній, потому что законодательное ограниченіе, по существу своему, было опредѣленнѣе, чѣмъ всякія другія ограниченія. Запрещенное закономъ становилось, правда, окончательно недоступнымъ, но за то все остальное оказывалось столь же достижимымъ. Не такъ было до появленія законодательныхъ ограниченій. Контроль незаконодательнаго свойства отличался своею относительною растяжимостью; это былъ контроль каждаго отдѣльнаго случая, безъ обязательства, со стороны контролирующей власти, слѣдовать какимъ-либо заранѣе установленнымъ правиламъ. Обычай, конечно, игралъ свою роль, но правило обычая никогда не можетъ сравняться съ законодательнымъ въ отношеніи опредѣленности. До опредѣленія законодательнымъ путемъ границъ, въ которыхъ могъ дѣйствовать завѣщатель, не было случая, который былъ бы предоставленъ въ его безотчетное распоряженіе, не существовало, слѣдовательно, вовсе свободы завѣщаній.

Первоначально существовалъ только одинъ порядокъ наслѣдованія—наслѣдованіе по обычаю, подтвержденному впослѣдствіи закономъ. Содержаніе этого порядка опредѣлялось современнымъ ему общественнымъ строемъ: семейными и родовыми отношеніями. Семья составляла замкнутый экономическій и религіозный союзъ, продолженіе этого союза въ потомствѣ составляло предметъ заботъ домовладыки. Его сыновья, пробывшіе подъ его властью до самой его смерти, т. е. до самой его смерти не выходившіе изъ состава семьи (sui), были естественные и необходимые его преемники (necessarii heredes), какъ ближайшіе соучастники домовладыки въ накопленіи семейнаго имущества. При отсутствіи такихъ наслѣдниковъ наслѣдство переходило въ боковую линію, а потомъ въ родъ. Однако, прежде чѣмъ допустить такой переходъ, было дозволительно подумать о восполненіи какимъ-либо образомъ недостатка въ нисходящемъ потомствѣ. Постоянная борьба съ природой и непріятелемъ, стоившая большихъ жертвъ людьми, пріучила народъ дорожить многочисленнымъ потомствомъ и

возвела въ соціальную и политическую добродѣтель плодородіе родителей. Еще юристы императорскаго періода указывали на рожденіе дѣтей, какъ на существенное назначеніе брака. Стремленіе имѣть потомство получило религіозную окраску; каждому были нужны сыновья для принесенія за него жертвъ послѣ его смерти и для поддержанія священнаго огня въ домашнемъ жертвенникѣ. Недостатокъ въ естественномъ потомствѣ восполнялся усыновленіемъ; усыновленный становился вполнѣ въ положеніе сына и былъ наслѣдникомъ усыновившаго. Оба акта—усыновленіе и назначеніе наслѣдникомъ совершались за одно, соединялись въ одномъ актѣ. Это и есть то, что̀ позднѣе намъ представляютъ какъ древнѣйшее завѣщаніе. Такимъ образомъ назначеніе наслѣдника со стороны было въ то же время его усыновленіемъ; въ лицѣ этого наслѣдника должна была продолжаться семья. Таковъ былъ смыслъ древнѣйшаго завѣщанія. Оно не было актомъ домашнимъ и тайнымъ. Затрогивая интересы наслѣдниковъ по боковой линіи и родичей, оно имѣло значеніе для всего рода. Сохраняя государству семью, оно представляло также интересъ для государства. Потому завѣщаніе могло совершиться лишь предъ лицомъ всего народа, съ его соизволенія. Если дѣло происходило въ мирное время, то для сказанной цѣли созывалось, подъ руководствомъ понтифовъ, народное собраніе по куріямъ (testamentum comitiis calatis); усыновленіе вносило измѣненія въ существующій распорядокъ домашнихъ культовъ и потому не могло обойтись безъ участія жреческой власти. Если же необходимость въ назначеніи наслѣдника возникала на войнѣ, то завѣщаніе происходило предъ лицомъ всего войска (t. in procinctu) [109]. Это могло быть форменнымъ засѣданіемъ народнаго собранія по центуріямъ (comitia centuriata). Разумѣется, при такой формѣ активная роль принадлежала вполнѣ народу. Вездѣ, гдѣ отдѣльный человѣкъ становится лицомъ къ лицу къ окружающей его общественной средѣ, тамъ она оказываетъ на него давленіе; избѣгнуть его онъ никогда не можетъ безнаказанно. Въ общинѣ относительно маленькой и сплоченной,

---

[109]) *Gai.* II. 101; *Ulp.* XX. 2; и друг.

какова была древнѣйшая римская община, при относительно слабомъ развитіи личной самостоятельности это давленіе было значительно. Оно вызвало публичное совершеніе завѣщаній, оно же руководило имъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Завѣщаніе постоянно разсматривалось не какъ проявленіе личнаго произвола завѣщателя, но какъ средство къ поддержанію естественнаго и обычнаго порядка наслѣдованія, нарушеннаго въ данномъ случаѣ отсутствіемъ нисходящаго мужскаго потомства. Еще въ позднѣйшее время въ завѣщаніяхъ назначеніе наслѣдника происходитъ нерѣдко въ формѣ усыновленія, хотя на самомъ дѣлѣ уже не обладаетъ такимъ значеніемъ.

Наслѣдованіе по закону.

§ 52. Къ началу III-го столѣтія развитіе личной независимости, можетъ быть, уже успѣло пріучить народъ относиться съ нѣкоторымъ уваженіемъ къ личной волѣ завѣщателя, такъ что обращеніе его къ народу стало пріобрѣтать характеръ формальности, — какъ это навѣрное было впослѣдствіи; можетъ быть, къ сказанному времени возникла третья форма завѣщанія — манципаціонный тестаментъ (§ 53), гдѣ взамѣнъ народа, въ качествѣ контролирующей власти, выступали только свидѣтели и гдѣ не было рѣчи объ усыновленіи наслѣдника завѣщателемъ. Но, такъ или иначе, существо дѣла не могло еще измѣниться въ значительной степени, тѣмъ болѣе, что слабость контроля, выказываемаго свидѣтелями (если только, дѣйствительно, ихъ контроль въ это время могъ быть уже слабымъ), легко могла возмѣщаться давленіемъ со стороны цензорской власти. Главный интересъ, по прежнему, сосредоточивался на обычномъ или законномъ порядкѣ наслѣдованія, которому XII таблицъ посвятили рядъ положеній.

Этотъ порядокъ наступалъ, если домовладыка умиралъ безъ завѣщанія (intestatus). Безъ завѣщанія умиралъ и тотъ, кто его вовсе не дѣлалъ, и тотъ, кто, сдѣлавъ его, потерпѣлъ лишеніе правоспособности (capitis deminutio), и тотъ, кто назначилъ своимъ наслѣдникомъ неправоспособнаго (напр., не римскаго гражданина), и тотъ, чьи наслѣдники (по завѣщанію) отказались всѣ отъ наслѣдованія (если только имѣли право

[110]) *Leges XII tab.*, tabula V. 3. 4. 5; *Gai.* III. 1—24; *Ulp.* 26; *Paul.* Sent. Rec. IV. 8; *Inst.* 3. 1. 2.

на такой отказъ).—Въ качествѣ ближайшихъ наслѣдниковъ, законъ призывалъ «своихъ» (sui), т.-е. тѣхъ, которые состояли подъ властью наслѣдодателя до самой его смерти. Въ этомъ положеніи находились обыкновенно жена, которая считалась «въ мѣсто дочери» и нисходящіе: дѣти, внуки и т. д. Никакого различія естественныхъ потомковъ и усыновленныхъ не дѣлалось; всѣ одинаково участвовали въ семейныхъ трудахъ и семейномъ богослуженіи, всѣ поэтому одинаково наслѣдовали. Въ число наслѣдниковъ включались также находившіеся въ плѣну или въ утробѣ матери. Наслѣдство дѣлилось между всѣми участниками поколѣнно (in stirpes), т.-е. при наличности ближайшихъ нисходящихъ (напр., сыновей), ихъ нисходящіе (т.-е. дѣти живыхъ сыновей) въ раздѣлѣ наслѣдства вовсе не участвовали, тѣ же изъ отдаленныхъ нисходящихъ, которые допускались къ наслѣдованію, получали всѣ вмѣстѣ столько, сколько слѣдовало бы ихъ родителю, если бы онъ былъ на лицо. Слѣдующій примѣръ пояснитъ сказанное. Положимъ, умираетъ нѣкто безъ завѣщанія, оставляя послѣ себя 1) жену, 2) сына А, состоявшаго подъ его властью до самой смерти (съ дѣтьми), 3) сына В, освобожденнаго изъ подъ родительской власти при жизни отца, съ двумя дѣтьми, на которыхъ это освобожденіе не распространилось, 4) троихъ внуковъ отъ умершаго ранѣе сына С, состоявшихъ подъ властью своего дѣда (наслѣдодателя) до самой его смерти, 5) незамужнюю дочь D, 6) дочь Е, выданную замужъ и состоящую подъ властью своего мужа и 7) дочь F, выданную замужъ, но оставленную еще подъ властью отца. Дѣти А, сынъ В и дочь Е въ числѣ наслѣдниковъ не считаются; за симъ все наслѣдство дѣлится на шесть равныхъ частей. Первую получаетъ жена, вторую А, третья дѣлится пополамъ между внуками отъ В, четвертая дѣлится натрое между внуками отъ С, пятая отдается дочери D, а шестая дочери Е. Такимъ образомъ внуки отъ В и С получаютъ вмѣстѣ столько, сколько получили бы ихъ отцы, если бы находились въ числѣ наслѣдниковъ.—Этотъ поколѣнный раздѣлъ, если только онъ, дѣйствительно, былъ извѣстенъ XII таблицамъ и не созданъ позднѣйшею юриспруденціею, весьма характеристиченъ для зна-

менитаго римскаго законодательства. Онъ свидѣтельствуетъ, что юристамъ того времени были уже доступны отвлеченные пріемы. О томъ же свидѣтельствуетъ еще и другое правило XII таблицъ, по которому отвѣтственность по долгамъ умершаго переходитъ на наслѣдниковъ вмѣстѣ съ его правами и раздѣляется между ними пропорціонально долѣ каждаго.

«Свои» наслѣдники были наслѣдники «необходимые», necessarii, которые не могли отказаться отъ вступленія въ наслѣдство. Они считались вступившими въ наслѣдство въ моментъ смерти наслѣдодателя, хотя бы даже не знали о ней. Они были обязаны продолжать, послѣ смерти домовладыки, семейное хозяйство и семейный культъ. Съ другой стороны, они имѣли на это преимущественное предъ всѣми другими право. Въ строгомъ смыслѣ, преемство «своихъ» не было даже наслѣдованіемъ, т.-е. здѣсь не происходило вступленія въ права *посторонняго* умершаго лица. Уже при жизни своего домовладыки sui были участниками въ семейномъ хозяйствѣ; по смерти его они пріобрѣтали независимое юридическое положеніе. Имущество, или по крайней мѣрѣ извѣстная часть его, составляла достояніе всей семьи. Воспоминаніе о такомъ порядкѣ сохранилось еще у позднѣйшихъ юристовъ, у Гая [111]), Ульпіана [112]) и Павла [113]). Достойна вниманія та форма, въ которой законъ XII таблицъ говоритъ о «своихъ» наслѣдникахъ. Собственно говоря, онъ не призываетъ ихъ къ наслѣдованію, но просто упоминаетъ о томъ случаѣ, когда послѣ умершаго не осталось «своихъ»; точно такъ же «свои» не подразумѣвались потомъ (въ преторскомъ эдиктѣ) подъ рубрикою «законныхъ» наслѣдниковъ (legitimi heredes), т.-е. такихъ, которые были наслѣдники по закону XII таблицъ,—указаніе на то, что по этому закону «свои» не были наслѣдниками, въ строгомъ смыслѣ этого слова.

Когда послѣ умершаго не было «своихъ» наслѣдниковъ, тогда къ наслѣдованію призывался агнатъ, ближайшій умершему въ тотъ моментъ, какъ обнаружилось, что наслѣдодатель

111) II. 157.
112) *Dig.* 38. 9 fr. 1 § 12
113) *Dig.* 28 2 fr. 11; Sent Rec. IV. 8 § 6.

умеръ безъ завѣщанія. Если таковыхъ агнатовъ было нѣсколько (напр., нѣсколько братьевъ, или нѣсколько дядей и племянниковъ и т. п.), то они дѣлили наслѣдство между собою на равныя части. Женщины при мужчинахъ, по всей вѣроятности, не устранялись, что впослѣдствіи измѣнилось. Поколѣнное наслѣдованіе на агнатовъ не распространялось. Такимъ образомъ, если послѣ умершаго оставались братъ и дѣти другаго брата, умершаго ранѣе, то къ наслѣдованію призывался только братъ, племянники же не призывались.

Если послѣ наслѣдодателя не оставалось ни «своихъ», ни агнатовъ, то наслѣдство переходило ко всему роду (gens, § 3).

Завѣщаніе per aes et libram.

§ 53. Съ теченіемъ времени, разсказываетъ Гай, къ двумъ первоначальнымъ видамъ завѣщанія присоединился третій видъ его. Это завѣщаніе совершалось въ формѣ манципаціонныхъ сдѣлокъ [114]). При обычной обстановкѣ (5 свидѣтелей, libripens, вѣсы и кусокъ мѣди) завѣщатель передавалъ все свое наслѣдіе (familia) постороннему лицу, которое называлось покупателемъ (familiae emptor); по смерти завѣщателя этотъ покупатель долженъ распредѣлить имущество согласно съ волею завѣщателя, заранѣе объявленной ему. При совершеніи обряда завѣщанія торжественныя слова произносились сначала покупателемъ, который объявлялъ, что наслѣдіе, о которомъ идетъ рѣчь, покупается имъ цѣною наличной мѣди и принимается имъ на попеченіе согласно съ завѣщаніемъ. Потомъ взвѣшивался и передавался металлъ, послѣ чего наставала очередь говорить для завѣщателя. Онъ объявлялъ свою волю, оканчивая обращеніемъ къ свидѣтелямъ: и вы, Квириты, это засвидѣтельствуйте! на что, можетъ быть, слѣдовалъ утвердительный отвѣтъ свидѣтелей (ср. § 28). Вѣроятно, такое обращеніе къ свидѣтелямъ существовало во всѣхъ манципаціонныхъ актахъ, но упоминается оно лишь при описаніи завѣщанія.

Завѣщаніе въ манципаціонной формѣ было шагомъ впередъ на пути развитія свободы въ дѣлѣ посмертнаго распоряженія имуществомъ. Ошибочно относить появленіе этой формы на

---

[114]) *Gai.* II. 102—108; *Ulp.* XX. 2—9; *Inst.* 2. 10 fr. 1.

счетъ однихъ плебеевъ, какъ и вообще усматривать въ нихъ главныхъ носителей индивидуализма. Присутствіе этой предвзятой мысли въ состояніи много повредить самымъ серьознымъ изслѣдованіямъ о настоящемъ предметѣ. Съ осторожностью надо отнестись и къ другому предположенію, именно къ тому, что сначала завѣщаніе допускалось только въ тѣхъ случаяхъ, когда не оставалось «своихъ» наслѣдниковъ, или же что оно имѣло силу лишь относительно имущества, которое не составляло семейнаго достоянія (sua res). A priori, конечно, въ такомъ предположеніи нѣтъ ничего невѣроятнаго. Но форма манципаціоннаго завѣщанія намекаетъ, какъ будто, на нѣчто другое. Почему продавалось наслѣдіе не прямо тому, кому оно должно было поступить, но посредствующему «покупателю», который, очевидно, былъ особо - довѣренное лицо? Не происходило - ли такъ — потому, что по какимъ - нибудь причинамъ и прежде всего по малолѣтству прямыхъ наслѣдниковъ, наслѣдодатель «продавалъ» наслѣдіе какому-либо близкому лицу, родственнику или другу, относительно котораго вполнѣ надѣялся, что оно соблюдетъ интересы малолѣтнихъ наслѣдниковъ; то же лицо могло вмѣстѣ съ тѣмъ назначаться и опекуномъ этихъ послѣднихъ. Если такъ, то, стало быть, и манципаціонное завѣщаніе, подобно завѣщанію предъ народнымъ собраніемъ, служило не къ нарушенію обычнаго порядка наслѣдованія, но лишь къ вящему огражденію интересовъ законныхъ наслѣдниковъ. Съ самаго начала эта сдѣлка была символическою. Трудно допустить, чтобы когда-либо въ немъ содержалась дѣйствительная купля-продажа наслѣдства. Съ этимъ совмѣщается однако другое предположеніе. Завѣщатель и покупатель представляли здѣсь какъ бы дѣйствительную продажу, ибо инымъ путемъ, до признанія властью права гражданъ дѣлать завѣщанія помимо участія всего народа, не было возможности узаконить завѣщательныя распоряженія. Такимъ образомъ весь актъ первоначально могъ быть такою сдѣлкою между живыми, сила которой покоилась исключительно на довѣріи завѣщателя къ покупателю и свидѣтелямъ - друзьямъ и на силѣ авторитета свидѣтелей по отношенію къ покупателю. Впрочемъ вся процедура покупки могла проистекать и изъ другаго источ-

ника. Съ самаго начала описанная нами сдѣлка могла пользоваться одинаковымъ сочувствіемъ какъ гражданъ, такъ и представителей власти; но юристы не смогли изобрѣсти для завѣщанія какую-либо новую форму и удовлетворились примѣненіемъ манципаціи, уже въ другихъ случаяхъ успѣвшей преобразоваться въ символическую сдѣлку. «Покупатель» формально занималъ мѣсто наслѣдника, малолѣтніе же наслѣдники, ради которыхъ составлялось все завѣщаніе, представляли собою лицъ, которыя должны были участвовать въ наслѣдіи чрезъ посредство наслѣдника-покупателя. Такимъ образомъ было положено начало тому различію, которое играло важную роль въ правѣ послѣдующаго времени, именно различію наслѣдованія въ строгомъ смыслѣ (hereditas) отъ полученія отказа или легата. Подъ наслѣдованіемъ въ строгомъ смыслѣ разумѣлось вступленіе во всю совокупность правъ и обязательствъ умершаго, въ цѣломъ ея составѣ; подъ полученіемъ отказа—вступленіе въ какія-либо опредѣленныя права или обязательства умершаго. Наслѣдованіе въ строгомъ смыслѣ было одинаково, какъ въ случаѣ завѣщанія, такъ и въ томъ случаѣ, когда кто-либо умиралъ безъ завѣщанія; назначеніе и полученіе отказа могло произойти лишь въ случаѣ завѣщанія. При томъ нельзя было назначить отказы, не назначивъ наслѣдника; одинъ порядокъ наслѣдованія (по завѣщанію) безусловно исключалъ другой порядокъ (по закону), откуда произошло правило: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decidere potest, т. е. наслѣдованіе послѣ кого-либо не можетъ происходить частью по завѣщанію, частью по закону. Итакъ противоположность между наслѣдованіемъ въ строгомъ смыслѣ и полученіемъ отказа, между наслѣдникомъ (heres) и получающимъ отказъ или легатаріемъ (legatarius) могла корениться сначала въ противоположеніи «покупателя» прочимъ пріобрѣтателямъ по завѣщанію. Потомъ могъ представиться интересъ внести эту противоположность въ самыя отношенія лицъ послѣдняго разряда. Предположимъ, напр., что завѣщатель, имѣя нѣсколько сыновей, одного взрослаго и другихъ малолѣтнихъ, желалъ передать все свое наслѣдіе взрослому сыну, съ тѣмъ чтобы онъ выдѣлилъ своимъ братьямъ

Отказы.

надлежащія части. Въ такомъ случаѣ естественно было бы привлечь взрослаго сына къ завѣщанію въ роли «покупателя», но сдѣлать это было невозможно, какъ скоро сынъ находился подъ властью отца (alieni iuris): отцу нельзя было вступать въ сдѣлку съ лицомъ, состоявшимъ подъ его собственною властью. Приходилось «продавать» наслѣдство третьему, постороннему лицу, ограничивая его послѣдующую роль тѣмъ, что оно должно было передать наслѣдство въ цѣломъ его составѣ старшему сыну, какъ «наслѣднику», который отъ себя выдѣлялъ, что̀ слѣдовало, своимъ братьямъ. Итакъ роли «покупателя» и наслѣдника могли раздѣлиться между разными лицами. Въ рядѣ другихъ случаевъ могла обнаружиться необходимость въ такомъ же раздѣленіи. Напримѣръ, назначая наслѣдникомъ постороннее лицо, завѣщатель не хотѣлъ почему-либо ограничить его роль простымъ положеніемъ душеприкащика, но ему самому оставлялъ что-либо изъ наслѣдства, т. е., другими словами, назначалъ отказы родственнымъ лицамъ такъ, что за выдѣломъ ихъ, равно за удовлетвореніемъ всѣхъ кредиторовъ наслѣдственной массы, должно было остаться что-нибудь въ пользу самаго наслѣдника. Присутствіе такого наслѣдника при совершеніи завѣщанія хотя было юридически возможно, но представляло свои неудобства и потому «покупателемъ» выступало всетаки какое-либо постороннее лицо. Рано или поздно старый порядокъ измѣнился; «покупателемъ» стало вообще являться другое лицо, нежели то, которое назначалось наслѣдникомъ: одинъ игралъ роль «покупателя», другой назначался «наслѣдникомъ», и сверхъ того ряду лицъ предназначались отказы. Противоположеніе наслѣдника и получающаго отказъ или легатарія относилось къ лицамъ, пріобрѣтавшимъ по завѣщанію, помимо «покупателя», который не былъ теперь ни «наслѣдникомъ», ни легатаріемъ. Но «покупатель» былъ необходимъ еще до появленія письменныхъ распоряженій. Съ ихъ появленіемъ (на восковыхъ дощечкахъ) обрядъ завѣщанія сократился; вмѣсто подробнаго словеснаго изложенія своихъ распоряженій, завѣщатель предъявлялъ присутствующимъ дощечки, подтверждая торжественно ихъ силу (nuncupatio): «ita do, ita lego, ita testor». Въ этомъ

заключалась существенная часть сдѣлки, которая становилась все болѣе и болѣе *завѣщаніемъ*, т. е. объявленіемъ воли на случай смерти (а не сдѣлкою между живыми). При Гаѣ «покупатель» занималъ въ обрядѣ роль простаго свидѣтеля и удерживался лишь «по старинѣ». Ни послѣ совершенія завѣщанія, ни послѣ смерти завѣщателя, онъ не касался вовсе до имущества умершаго, которое переходило непосредственно къ наслѣднику, который уже и распредѣлялъ его согласно съ волею завѣщателя.

Контроль и ограниченія.

§ 54. При контролѣ свидѣтелей (testes), замѣнившемъ контроль народнаго собранія, завѣщатель могъ ожидать бо̀льшаго вниманія къ особенностямъ своего личнаго положенія и потому распоряженія его могли быть относительно свободнѣе, о безусловной же свободѣ ихъ еще долго не могло быть рѣчи. «Свидѣтели» охраняли старый обычай и исконныя права ближайшихъ наслѣдниковъ, допуская лишь въ исключительныхъ обстоятельствахъ какія-либо распоряженія, клонившіяся къ ущербу ихъ законныхъ правъ. Со временемъ ослабѣлъ авторитетъ «свидѣтелей»; тогда охрана стараго обычая пріобрѣла юридическій характеръ. Такъ создались древнѣйшія правила о «формальныхъ» ограниченіяхъ свободы завѣщаній [115]). По всѣмъ вѣроятіямъ, прежде всего былъ обезпеченъ юридически интересъ «постумовъ» (postumi). Этимъ именемъ назывались такіе наслѣдники по нисходящей, которые рождались послѣ составленія завѣщанія или даже послѣ смерти завѣщателя. Появленіе на свѣтъ постума отнимало у завѣщанія его юридическую силу [116]). По толкованію юристовъ, сказанное правило распространялось и на тѣхъ, кто «занимали мѣсто постумовъ». Сюда принадлежали, напр., лица, которыя родились до составленія завѣщанія, но въ этотъ послѣдній моментъ не состояли въ числѣ «своихъ» наслѣдниковъ завѣщателя (напр., внуки при жизни своего отца), послѣ же составленія завѣщанія заняли это положеніе (напр., внуки, вслѣдствіе смерти своего

[115]) *Боголѣповъ*, Формальныя ограниченія свободы завѣщаній. М. 1881 г. стр. 62—64.

[116]) *Gai. Ulp.* 22. 18.

отца при жизни дѣда) [117]). Правило о постумахъ и широкое толкованіе его юристами подтверждаетъ то предположеніе, что первоначальное завѣщаніе служило лишь къ вящему огражденію интересовъ прямыхъ наслѣдниковъ. Лишить ихъ наслѣдства завѣщателю дозволялось по причинамъ, особо-уважительнымъ. Отсюда произошло потомъ требованіе, чтобы завѣщатель непремѣнно дѣлалъ одно изъ двухъ распоряженій относительно «своихъ» наслѣдниковъ: или назначалъ бы ихъ наслѣдниками, или *открыто* лишалъ бы ихъ наслѣдства, что̀ называлось exheredatio; несоблюденіе этого правила вело также къ ничтожности (полной или относительной) самаго завѣщанія.

Опека.

§ 55. Лица sui iuris, не достигшія опредѣленнаго возраста (малолѣтніе, impuberes) издревле состояли подъ опекой [118]). Малолѣтство прекращалось у юношей въ тотъ моментъ, когда, по приговору семейнаго совѣта, они снимали дѣтское одѣяніе и надѣвали на себя мужскую тогу (toga virilis). Этотъ торжественный моментъ жизни приходился обыкновенно на пятнадцатомъ году ихъ возраста. Признакомъ совершеннолѣтія признавалось наступленіе половой зрѣлости, что̀ въ древности могло почитаться также свидѣтельствомъ въ пользу способности юноши къ военной службѣ и только въ императорское время, какъ это мы увидимъ ниже, установилось точное мѣрило совершеннолѣтія — 14-лѣтній возрастъ. Напротивъ относительно женщинъ, по свидѣтельству юристовъ, никогда не сомнѣвались въ томъ, что ихъ совершеннолѣтіе наступаетъ съ двѣнадцатилѣтнимъ возрастомъ. Можетъ быть, этотъ точный предѣлъ установился также не сразу; но во всякомъ случаѣ въ древнѣйшее время вопросъ о совершеннолѣтіи женщинъ, что касается до опеки, не представлялъ особаго практическаго

[117]) *Dig.* 28. 3 fr. 13.

[118]) *Gai.* I, 142—200; *Ulp.* 11. 12; *Paul.* II, 27—30; *Inst.* I. 13—26; *Dig.* 26 и 27 книги; *Cod.* V, 28—75; *Nov.* 72; 89 c. 4; 94; 118 c. 4. 5; 155.—*Rudorff*, Das Recht der Vormundschaft, I, II, III; *Азаревичъ*, О различіи между опекой и попечительствомъ; *Gide*, Etude sur la condition privée de la femme, 1867, стр. 112 — 123; 153—158.

интереса, такъ какъ онѣ состояли тогда подъ вѣчною опекой. Дѣвушка-сирота оставалась подъ опекой до тѣхъ поръ, пока, выйдя замужъ, не попадала подъ власть мужа.

По закону XII таблицъ, опекунами малолѣтнихъ и женщинъ, равно попечителями сумасшедшихъ и расточителей были ихъ агнаты [119]). Они призывались къ опекѣ въ порядкѣ наслѣдованія, т. е. въ томъ самомъ порядкѣ, въ которомъ они должны были бы наслѣдовать въ имуществѣ опекаемаго, если бы онъ умеръ [120]). Опека надъ малолѣтними вольноотпущенниками и вольноотпущенницами принадлежала ихъ патрону. Объ этомъ предметѣ не существовало прямаго постановленія, но такъ было принято по духу законодательства и самаго учрежденія опеки [121]). Когда агнатовъ не было на лицо, тогда опека переходила къ роду, ибо онъ выступалъ въ такихъ случаяхъ въ качествѣ наслѣдника. Съ развитіемъ завѣщаній назначеніе опекуна могло принадлежать и завѣщателю. По словамъ Гая, этотъ способъ назначенія предусматривался уже законами XII таблицъ [122]), а въ его время онъ былъ развитъ на столько, что въ «институціяхъ» изложенъ имъ на первомъ планѣ [123]). По назначенію отъ магистрата опеки не существовало: во власти магистрата не заключалось полномочій, которыя, по понятіямъ того времени, могли бы открыть ему путь къ такому вмѣшательству въ дѣла опеки [124]). Въ этомъ, конечно, не чувствовалось въ началѣ и особой надобности.

Опека, въ ея древнѣйшемъ видѣ, была учрежденіемъ семейно-родовымъ; дѣйствія опекуна могли контролироваться его сородичами, но ихъ не касалась государственная власть. Государству, при первой встрѣчѣ его съ этимъ учрежденіемъ, приходилось только признать его неприкосновенность. Поэтому,

---

119) *Gai.* I. 144. 145. 155; *Ulp.* 11. 3; *Dig.* 26. 4 fr. 1 pr. (Ulp.). (*Leg. XII tab.* V. 1. 6. 7).

120) *Dig.* 50. 17 fr. 73 (Q. M. Scaev.); *Dig.* 26. 4 fr. 9 (Gai.); fr. 1 pr. (Ulp.).

121) *Ulp.* 11. 3; *Dig.* 26. 4 fr. 3 pr. (Ulp.).

122) *Dig.* 26. 2 fr. 1 pr.; fr. 20 § 1 (leg. XII tab. V. 3).

123) *Gai.* I. 144.

124) *Dig.* 26. 1 fr. 6 § 2 (Ulp.): Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis.

съ юридической точки зрѣнія, древнѣйшее положеніе опекуна есть положеніе властителя. Его власть характеризуется какъ vis ac potestas,—формула, которая сохранилась еще въ опредѣленіи опеки позднѣйшими юристами. Опекунъ — какъ бы собственникъ (dominus) опекаемаго имущества [125]). Юридическія сдѣлки совершаются, процессы ведутся имъ отъ своего собственнаго имени. Агнаты и патронъ выступали опекунами малолѣтняго не ради какихъ-либо гуманныхъ цѣлей; въ качествѣ возможныхъ наслѣдниковъ его, они были озабочены тѣмъ, чтобы имущество малолѣтняго не было расхищено благодаря его неопытности и безсилію. Въ позднѣйшихъ юридическихъ опредѣленіяхъ опеки сохранилось ясное воспоминаніе объ этой древнѣйшей чертѣ ея [126]).

Вмѣшательство государственной власти.

§ 56. Въ эпоху полнаго господства семейно-родовыхъ отношеній контроль надъ опекунами принадлежалъ близкимъ семейнымъ и родичамъ опекаемаго; но въ XII таблицахъ мы встрѣчаемъ уже слѣды вмѣшательства государственной власти въ это дѣло. Такъ было положено начало преобразованію опеки въ государственное учрежденіе. Сюда относится слѣдующее:

Назначеніе опекуна завѣщаніемъ.

1. Назначеніе опекуновъ завѣщаніями рано или поздно подорвало авторитетъ агнатовъ. Юристъ Павелъ оставилъ намъ слѣдующее интересное свидѣтельство: «мы можемъ назначать въ своемъ завѣщаніи опекуномъ кого угодно, хотя бы претора или консула, ибо такъ постановляетъ законъ XII таблицъ» [127]). Служа представителями государственнаго интереса, децемвиры могли не безъ умысла оказать особое покровительство завѣщательному назначенію опекуновъ и добровольная передача опекунской власти въ руки магистратовъ служила для частныхъ лицъ удобнымъ средствомъ, которымъ они обезпечивали

[125]) *Dig*. 26. 1 fr. 1 pr.: Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero.... *Dig*. 47. 2 fr. 57 § 4: tutor domini loco habetur; ср. *Dig*. 26. 7 fr. 27; 41. 4 fr. 7 § 3; см. *Pernice*, I. 184 nota. 4.

[126]) *Dig*. 26. 4 fr. 1 pr. (Ulp.): Legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt et consanguineis, item patronis, id est his, qui ad legitimam hereditatem admitti possint: hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne delapidarentur. Ср. *Gai*. I § 192 i. f.

[127]) *Dig*. 26 2 fr. 20 § 1

своихъ малолѣтнихъ наслѣдниковъ отъ гнета родственнаго надзора.

Судебная отвѣтственность опекуна.

2. По окончаніи опеки опекунъ могъ быть привлеченъ къ судебной отвѣтственности за вещи, похищенныя имъ изъ имущества опекаемаго. Такъ постановили уже XII таблицъ. Право иска принадлежало опекаемому. До окончанія опеки подобный искъ былъ неумѣстенъ, какъ потому, что малолѣтній не былъ способенъ вести дѣло въ судѣ, такъ и потому, что во время своего существованія опека была еще неприкосновенна для судебнаго контроля. Въ источникахъ этотъ искъ называется actio rationibus distrahendis [128]). Преступленіе опекуна подходило подъ понятіе воровства (furtum nec manifestum) и влекло за собою то же послѣдствіе, какъ и это послѣднее, т. е. взысканіе съ обвиненнаго двойной цѣны присвоеннаго (duplum). Другими словами, названный искъ былъ только однимъ изъ случаевъ иска противъ вора и, можетъ быть, вначалѣ не отличался отъ него даже названіемъ (ср. § 43); позднѣе онъ обособился и получилъ самостоятельное значеніе. По толкованію позднѣйшихъ юристовъ, отъ которыхъ мы и знаемъ объ этомъ искѣ, имъ преслѣдуется не только кража въ буквальномъ смыслѣ этого слова, но вообще всякое вѣроломное пріобрѣтеніе вещей изъ имущества опекаемаго.

Смѣщеніе неблагонадежнаго опекуна.

3. XII таблицамъ было извѣстно также смѣщеніе опекуна, который своими дѣйствіями или личными качествами возбуждалъ сомнѣніе въ своей благонадежности (remotio suspecti tutoris) [129]). Въ точности неизвѣстно, какъ именно происходило смѣщеніе опекуна въ древности; во всякомъ случаѣ довольно рано оно перешло въ вѣдѣніе магистрата. Это слѣдуетъ заключить изъ того, что полномочіе на смѣщеніе опекуновъ подразумѣвалось въ числѣ обыкновенныхъ полномочій юрисдикціи [130]). Магистратъ смѣщалъ опекуна, если о томъ предъявлялось ему основательное требованіе (accusatio suspecti). Право предъявить таковое принадлежало каждому рим-

---

[128]) *Dig.* 27. 3 fr. 1 §§ 19—24, fr. 2; *Dig.* 26. 7 fr. 55 § 1.
[129]) *Dig.* 26. 10; *Inst.* 1. 26; *Cod.* 5. 43. (*Leg.* XII tab. VIII. 20).
[130]) *Dig.* 26. 10 fr. 1 § 4.

скому гражданину[131]), т.-е. accusatio suspecti относилось къ actiones populares—достаточно вѣрный признакъ того, что смѣщеніе неблагонадежныхъ опекуновъ перешло къ судебнымъ органамъ по наслѣдству отъ семейно-родовой власти. Въ какомъ смыслѣ понимали неблагонадежность, это, конечно, измѣнялось. Во время изданія XII таблицъ подъ неблагонадежностью могли разумѣть наиболѣе рѣзкія злоупотребленія, въ особенности когда рѣчь шла о смѣщеніи опекуна-агната или опекуна-патрона, которые, сравнительно съ опекунами по завѣщанію, имѣли основаніе считаться наиболѣе неприкосновенными. Ульпіанъ замѣчаетъ, что судебной провѣркѣ подлежитъ благонадежность всѣхъ опекуновъ, какъ назначенныхъ завѣщаніемъ, такъ равно агнатовъ и патроновъ [132]) и изъ этого замѣчанія его позволительно заключить, что когда-то, до Ульпіана, въ данномъ случаѣ могло существовать сомнѣніе касательно агнатовъ и особенно патроновъ, которыхъ вообще «слѣдовало щадить».

III. Третье наслоеніе—индивидуальное обладаніе имуществомъ.

Права по сосѣдству.

§ 57 [133]). Земледѣлецъ и садоводъ, римлянинъ эпохи изданія XII таблицъ, озабоченъ огражденіемъ своей собственности отъ всякаго вреда со стороны постороннихъ лицъ и въ особенности со стороны своихъ сосѣдей. Съ придирчивостью, свойственною человѣку, которому хлѣбъ достается въ потѣ лица его, слѣдитъ онъ за ихъ дѣйствіями. Прежде всего ему надо точно размежеваться съ ними. Поземельныя владѣнія отдѣляются одно отъ другаго межами въ 5 футовъ ширины. Эти межи существуютъ и въ селахъ (fines), и въ городѣ (ambitus). Онѣ

[131]) *Dig.* 26. 10 fr. 1 § 6; *Inst.* 1. 26 § 3.

[132]) *Dig.* 26. 10 fr. 1 § 5: nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores. quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit quid si patronus? adhuc idem erit dicendum, modo ut meminerimus patrono parcendum.

[133]) *Leg. XII tab.*, VII.

служатъ также тропами для прохода, мѣстомъ для поворота плуговъ, могутъ быть засажены деревьями, но не подлежатъ пріобрѣтенію по давности. Если между сосѣдями возникаетъ споръ о межѣ, то для его разрѣшенія назначается три посредника (arbitri) изъ землемѣровъ. — Спорами о межахъ не ограничивались, конечно, взаимныя пререканія сосѣдей; и при отсутствіи подобныхъ споровъ для пререканій существовало достаточно поводовъ. Не все, что происходитъ на землѣ сосѣда, безразлично для собственника. Въ особенности дѣйствія сосѣда близь межи могли причинить собственнику невыгоду. По образцу Солонова законодательства, законъ децемвировъ запрещаетъ при постройкѣ изгородей выходить за межу; при постройкѣ стѣны надо отступить отъ чужаго участка на футъ, при возведеніи зданія — на два фута. Могила, ровъ, яма отступаютъ отъ чужой земли, въ размѣрѣ своей глубины; приличный отступъ долженъ быть сдѣланъ и при рытьѣ колодца. Оливку и смоковницу слѣдуетъ сажать отъ чужой оливки и смоковницы на разстояніи 9 футовъ, всякія другія деревья отъ чужихъ деревьевъ — на разстояніи 5 футовъ. — Пограничныя деревья даютъ также поводъ къ столкновеніямъ. XII таблицъ предписываютъ вѣтки такого дерева, перекинувшіяся чрезъ межу на участокъ сосѣда, обрѣзывать на пространствѣ 15 футовъ отъ земли, чтобы не могло послѣдовать вреда отъ тѣни дерева. По толкованію Помпонія, законъ XII таблицъ приказывалъ также срубить дерево, наклоненное на чужую землю вѣтромъ. — Желуди съ дерева, ростущаго близко къ межѣ, могли упасть на землю сосѣда; этотъ послѣдній былъ обязанъ допустить хозяина желудей до сбора ихъ. Но хозяинъ, въ свою очередь, не долженъ былъ пенять, если, прежде чѣмъ онъ успѣлъ собрать свои желуди, ихъ пожиралъ сосѣдскій скотъ. То, что говорилось въ законѣ XII таблицъ о желудяхъ, юристы распространили на всякіе плоды.

Вопросъ о направленіи потоковъ дождевой воды имѣетъ большое значеніе для хозяина, въ особенности въ странѣ холмистой и притомъ такой, гдѣ зима состоитъ въ безпрестанныхъ дождяхъ. Сосѣдъ можетъ съ умысломъ видоизмѣнить естественное теченіе потоковъ такъ, чтобы отвести ихъ на

чужую землю ко вреду этой послѣдней. Законъ XII таблицъ даетъ собственнику правомочія на случай, «если ему повредитъ» дождевой потокъ съ сосѣдняго участка; слова: «если повредитъ» толковались юристами въ смыслѣ: «если грозитъ повредить», т. е. собственникъ могъ обратиться къ суду за защитой въ виду грозящей опасности, не дожидаясь ея наступленія. Впрочемъ подробности остались намъ неизвѣстными, но, вѣроятно, онѣ походили на позднѣйшія постановленія по этому предмету (гл. XXII).

Сервитуты.

§ 58. Права по сосѣдству удовлетворяли наиболѣе настоятельнымъ нуждамъ, обусловленнымъ пограничностью владѣній; потому эти права устанавливались самимъ закономъ, не завися отъ воли собственниковъ. Они предохраняли каждаго собственника отъ какого-либо вреда, который могъ угрожать ему со стороны сосѣда. Но не всегда этого было достаточно: кромѣ охраны отъ вреда, собственникъ могъ нуждаться въ содѣйствіи своего сосѣда. По своимъ свойствамъ или по положенію, его участокъ могъ представлять какой-нибудь недостатокъ (напр., не было воды, дороги), восполнить который было можно, обратясь къ участку сосѣда. Никто не былъ обязанъ доставлять подобную помощь, но предоставлялось входить о томъ въ добровольныя сдѣлки. Даромъ или за плату одинъ изъ сосѣдей получалъ отъ другаго право пользоваться его имѣніемъ съ цѣлью удовлетворенія хозяйственныхъ нуждъ своего собственнаго имѣнія, напр., право провести оттуда воду, право прохода и т. п. Такія права назывались сервитутами [134]). Въ отличіе отъ позднѣйшихъ образованій того же рода (личныхъ сервитутовъ) ихъ назвали сервитутами предіальными, поземельными. Предіальный сервитутъ, будучи разъ установленъ въ пользу какого-нибудь поземельнаго участка (praedium dominans), принадлежалъ каждому данному лицу, какъ собственнику этого участка и переходилъ изъ рукъ въ руки вмѣстѣ съ переходомъ самой собственности. Точно такъ же предметомъ сервитута служилъ участокъ, къ которому онъ отно-

---

[134]) *Voigt*, Ueber den Bestand und die historische Entwickelung der Servituten und Servitutenklagen, 1874, стр. 3—31.

вился (praedium serviens), а не лицо его собственника. Право сервитута оставалось неприкосновеннымъ, несмотря на всѣ перемѣны въ лицахъ собственниковъ участка, служившаго по сервитуту.

Во время изданія законовъ XII таблицъ, сельскіе сервитуты, безъ сомнѣнія, были извѣстны. Законы говорятъ о дорогѣ, разумѣя, конечно, дорогу, предоставленную кому-либо въ чужомъ имѣніи. Дорога должна имѣть въ ширину 8 футъ, на поворотахъ же 16 футъ. Предписывается укрѣплять незамощенную дорогу, предназначенную для прогона скота. Вѣроятно, существовали и другіе виды сервитутовъ изъ числа тѣхъ, которые упоминаются въ позднѣйшихъ источникахъ. Древнѣйшіе сервитуты вызывались вообще потребностью въ пути, когда она не удовлетворялась въ достаточной мѣрѣ межами, и въ водѣ, когда недостатокъ ея не восполнялся естественнымъ путемъ. Четыре сервитута имѣли позднѣе для своей защиты самостоятельныя средства, въ формѣ интердиктовъ, и на этомъ основаніи считаютъ ихъ наиболѣе древними. Сюда принадлежатъ: 1) *право водопровода* (rivus, позднѣе aquaeductus), т. е. право собственника проводить воду чрезъ землю сосѣда изъ принадлежащаго этому послѣднему или же третьему лицу живаго источника (ключа, ручья, рѣки, озера). Водопроводъ долженъ былъ начинаться у самаго источника воды, т. е. у начала ключа, или, если вода отведена изъ рѣки или озера, то изъ главнаго канала, непосредственно примыкающаго къ нимъ. Только въ такомъ случаѣ былъ обезпеченъ постоянный притокъ воды и сервитутъ не имѣлъ случайнаго значенія. Это правило дѣйствовало до временъ имперіи. Въ началѣ II вѣка по Р. Х. императорскимъ постановленіемъ было разъяснено, что существованію сервитутнаго права не мѣшало, если водопроводъ былъ примкнутъ къ искусственному водоему, устроенному на возвышеніи, или къ водохранилищу, въ которое вода накачивалась изъ рѣки. При прочности такихъ сооруженій не было сомнѣній въ постоянномъ характерѣ источника воды. 2) *Право черпать воду* на чужой землѣ (aqua, позднѣе aquaehaustus), соединенное съ правомъ необходимаго для того прохода. Мѣстомъ осуществленія этого сервитута, такъ же, какъ и въ

предыдущемъ случаѣ, служилъ самый источникъ воды; вышеприведенное императорское разъясненіе относилось равномѣрно и къ настоящему случаю. 3) *Право прохода* (iter, позднѣе itus, additus, accessus, introitus, ambitus), въ чемъ подразумѣвалось также право проѣзда верхомъ или движенія въ носилкахъ. 4) *Право проѣзда и прогона скота* (actus), въ чемъ заключалось и право возить тяжести. Отъ соглашенія зависѣло опредѣлить точный размѣръ всѣхъ этихъ правъ и придать имъ содержаніе широкое или узкое. Такъ, напр., пользованіе водою могло быть или постоянное, или ограниченное временемъ года, днями, часами. То же самое допускалось относительно дорожныхъ сервитутовъ. Проѣздъ съ большими тяжестями могъ быть допущенъ или исключенъ при установленіи права проѣзда и т. п.

Воззрѣніе на сервитуты.

§ 59. Юристы конца республики и имперіи смотрѣли на сервитуты, какъ на особыя отношенія, которыя, будучи правами въ чужой вещи, существуютъ рядомъ съ правомъ собственности. Эту мысль они старались выразить между прочимъ тѣмъ, что называли сервитуты предметомъ отвлеченнымъ (res incorporalis), въ противоположность полному обладанію вещи на правѣ собственности, которое считалось какъ res corporalis. Въ этомъ послѣднемъ опредѣленіи вполнѣ неудачно право какъ бы отожествлялось съ самою вещью. Со стороны приносимыхъ выгодъ сервитутъ обозначался какъ право, ius, со стороны невыгодъ какъ обязанность, servitus. Эта обязанность лежала не на лицѣ, а на землѣ; говорили, что въ сервитутѣ служитъ вещь, res servit. Служеніе вещи было частичное, — она служила одною изъ своихъ сторонъ, въ иныхъ сервитутахъ (напр. дорога, водопроводъ) служилъ опредѣленный ея участокъ; иногда даже въ видахъ удобства той или другой стороны предписывалось (такъ, въ случаѣ дорожныхъ сервитутовъ) отводить подъ сервитутъ опредѣленную полосу пространства. Этотъ отводъ совершалъ посредникъ (arbiter); въ другихъ случаяхъ онъ опредѣлялъ разумный способъ (modus) осуществленія сервитутнаго права. Тѣмъ не менѣе понимали, что юридическимъ предметомъ сервитута служитъ вся вещь, все пространство имѣнія, на которомъ лежитъ сер-

витутъ. Если бы осуществленіе сервитута сдѣлалось невозможнымъ на отведенномъ пространствѣ, то управомоченный былъ въ правѣ искать такого осуществленія въ другихъ мѣстахъ служащаго участка. Содержаніе сервитута состояло въ томъ, что «вещь должна представить нѣчто» (rem aliquid praestare debere), а по отношенію къ собственнику этой вещи въ томъ, что онъ долженъ нѣчто терпѣть (pati) или чего-либо не дѣлать (non facere); сервитутъ не могъ состоять въ дѣйствіяхъ самого собственника служащей вещи: servitus in faciendo consistere non potest. Рѣзкое отличіе сервитута отъ права собственности состояло уже въ томъ, что онъ устанавливался простымъ соглашеніемъ, тогда какъ для установленія права собственности требовалась наличность особыхъ способовъ пріобрѣтенія.

Такова точка зрѣнія позднѣйшихъ юристовъ; но она не могла быть извѣстна во время изданія и первоначальнаго господства XII таблицъ. Это время было слишкомъ грубо для отвлеченныхъ построеній; самое слово сервитутъ, служа для обозначенія общаго понятія, принадлежитъ позднѣйшему времени. Первоначально каждый случай сервитута обозначали непосредственно по его предмету: дорога, водопроводъ и юридическое содержаніе всего отношенія усматривали въ обладаніи даннымъ пространствомъ земли, отведеннымъ подъ дорогу, водопроводъ и т. п. Право отожествлялось съ его объектомъ; оно не было правомъ въ чужой вещи, но какъ бы правомъ на свою вещь, которою пользовались только совмѣстно съ собственникомъ служащаго имѣнія. Существованіе такого конкретнаго взгляда на сервитуты подтверждается тѣмъ, что ихъ юридическое положеніе было первоначально во всемъ сходно съ юридическимъ положеніемъ собственности. Если еще въ дигестахъ искъ, защищающій сервитуты, называется виндикаціей, то сначала эта виндикація должна была быть тою же самою виндикаціей, которою защищалось предъ судомъ право собственности. Какъ собственникъ искалъ въ формѣ: «я утверждаю что эта вещь моя по праву Квиритовъ», такъ и обладатель сервитута могъ утверждать: «этотъ путь мой по праву Квиритовъ» и т. п. Какъ собственность, такъ и сельскіе серви-

туты пріобрѣтались однимъ и тѣмъ же торжественнымъ способомъ (манципаціей) въ присутствіи свидѣтелей и при наличности пріобрѣтаемой вещи. Какъ собственность была предметомъ владѣнія и пріобрѣталась давностью, такъ и сервитуты. Объ этомъ способѣ установленія сервитутовъ упоминаетъ еще Цицеронъ, послѣ котораго появился законъ (lex Scribonia), отмѣнившій давностное установленіе сервитутовъ. Наравнѣ съ предметомъ собственности сервитуты прохода, проѣзда и водопровода отдавались въ залогъ (pignus), съ полномочіемъ для кредитора (который предполагается сосѣдомъ) пользоваться ими до срока уплаты. Помпоній допускаетъ такое отношеніе, какъ бы затрудняясь; оно не совсѣмъ гармонируетъ со взглядами его времени, но оно могло быть вполнѣ согласно со взглядами болѣе древней эпохи. Обѣщаніе установить сервитутъ (стипуляція, легатъ per vindicationem) обозначалось какъ «дать» путь, воду (dare viam, aquam) и т. п.; глаголъ же «дать» вообще обозначалъ переносъ права собственности на предметъ. Сказанное обѣщаніе вынуждалось къ исполненію посредствомъ того же иска, какъ и обѣщаніе передать въ собственность извѣстный предметъ (condictio certi). Наконецъ оговорка, которою при передачѣ вещи въ собственность обозначалась свобода вещи отъ сервитутовъ, гласила такъ: «uti optimus maximusque est (sc. fundus)», откуда видно, что сервитутъ разсматривался, какъ нѣчто, уменьшающее количественно предметъ собственности. На основаніи всѣхъ изложенныхъ указаній основательно предположить (Фойгтъ), что первоначальный взглядъ на сервитуты не походилъ на позднѣйшее понятіе о нихъ. Сервитутное право разсматривалось первоначально, какъ обладаніе полосою или пространствомъ имѣнія, отведенными въ распоряженіе господина сервитута и, при такомъ пониманіи, мало чѣмъ отличалось отъ собственности на ту же полосу или то же пространство. Первый толчекъ къ образованію болѣе отвлеченнаго воззрѣнія на сервитутъ дали сервитуты городскіе; окончательно же разрушилось древнее грубое воззрѣніе только съ появленіемъ личныхъ сервитутовъ.

In iure cessio.

§ 60. Манципаціонныя сдѣлки, уже описанныя нами (§§ 24 и 25), составляли существенную принадлежность права XII таб-

лицъ. Въ дополненіе къ нимъ образовался новый родъ сдѣлокъ. Именно виндикація (§ 35) послужила къ тому средствомъ; подъ формою виндикаціи стали совершать передачу права. Пріобрѣтающій право являлся вмѣстѣ съ отчуждающимъ его предъ судящимъ магистратомъ (откуда названіе «in iure» cessio) и туда же, какъ и въ виндикаціи, приводился или приносился предметъ сдѣлки. Пріобрѣтающій утверждалъ словами виндикаціи, что предметъ принадлежитъ ему; отчуждающій вмѣсто спора (контра-виндикаціи) сознавался въ томъ или молчалъ. Тогда магистратъ присуждалъ предметъ пріобрѣтающему, чѣмъ и достигалась цѣль дѣйствующихъ лицъ [135]). Вся сдѣлка была, слѣдовательно, мнимою виндикаціей, гдѣ пріобрѣтающій выступалъ въ качествѣ мнимаго истца, отчуждающій — въ качествѣ мнимаго отвѣтчика и преторъ разрѣшалъ мнимый споръ. Вѣроятно, эта форма не была изобрѣтена для передачи права собственности. Но настало время, когда она была приложена къ пріобрѣтенію права собственности на вещи и къ установленію сервитутовъ. Мы должны смотрѣть на это событіе, какъ на плодъ окончательнаго освобожденія собственника изъ подъ контроля родственниковъ, сородичей и сосѣдей. Опасные соглядатаи въ манципаціи (въ качествѣ свидѣтелей), они не спрашивались при совершеніи цессіи, къ чему ихъ вовсе не призывали. Въ лицѣ магистрата, освящавшаго сдѣлку, государственная власть содѣйствовала окончательному разложенію общиннаго обладанія. Было, вѣроятно, время,—время послѣдней борьбы частнаго обладанія съ общиннымъ, когда собственники предпочитали цессію предъ магистратомъ манципаціи предъ свидѣтелями; и только потомъ, когда борьба окончилась полною побѣдой частной собственности и свидѣтели потеряли свое прежнее значеніе, употребленіе манципаціи вновь умножилось. Гай говоритъ, что въ его время не любили прибѣгать къ цессіи, такъ какъ она требуетъ участіе магистрата, доступъ къ которому не особенно легокъ, и предпочитали ей манципацію, для которой всегда легко найти между друзьями пятерыхъ свидѣтелей [136]). По той же причинѣ въ импе-

135) *Gai.* II 24.
136) *Gai.* II. 25.

раторское время манципація удержалась въ оборотѣ долѣе, нежели цессія.

По мѣрѣ расширенія гражданскаго оборота, in iure cessio была примѣнена ко всѣмъ вещамъ, какъ манципаціоннымъ, такъ и неманципаціоннымъ, и ко всѣмъ сервитутамъ, какъ сельскимъ, такъ и къ городскимъ, а равно и къ личнымъ. Купля-продажа и здѣсь (какъ въ манципаціи) должна была служить главнымъ основаніемъ передачи и, по всей вѣроятности, на цессію распространилось то же правило о зависимости пріобрѣтенія отъ уплаты покупной цѣны, которое дѣйствовало при манципаціи (стр. 58).

VI.

Формализмъ [137]).

Происхождение и существо формализма.

§ 61. Развитіе права не совершается силою, посторонней человѣчеству. Исторія права есть исторія послѣдовательной и непрерывной дѣятельности человѣческаго ума. Все общество участвуетъ въ этой творческой работѣ прежде всего въ лицѣ своихъ «мудрѣйшихъ»—юрисконсультовъ, судей и законодателей, а за ними въ лицѣ всѣхъ остальныхъ своихъ членовъ, вступающихъ въ правовыя отношенія. Каждый разъ, когда имъ предстоитъ *опредѣлить* права свои или чужія, происходитъ сказанная работа. Она проявляется въ каждомъ правонарушеніи, въ каждой сдѣлкѣ, въ каждомъ судебномъ процессѣ, въ каждомъ законодательномъ актѣ. Особенности умственнаго состоянія каждаго времени отражаются на этой работѣ.

Время, которымъ мы занимаемся,—время квиритскаго права и въ особенности эпоха изданія XII таблицъ отличается относительною грубостью, неразвитостью мысли. Это проявляется въ ея чувственности или конкретности. Въ наше время легко различаютъ форму и существо юридическихъ актовъ; такое различеніе было доступно и позднѣйшимъ римскимъ юристамъ, но его не знали еще составители и толкователи двѣнадцати таблицъ. Мы отличаемъ существо актовъ отъ ихъ формы, потому что намъ извѣстны многія формы одного и того же акта; существо акта есть отвлеченіе отъ многихъ формъ его. Древ-

---

137) *Ihering*, II и III, §§ 43—58; *Voigt*, III, §§ 1—14, 31—45.

нѣйшему же юристу или гражданину выработка одной формы стоила столькихъ усилій, что ему не приходило на умъ утомлять себя безъ настоятельной нужды новымъ трудомъ для той же цѣли. Юридическое творчество сознавалось его дѣятелями, какъ скоро результаты его воплощались во внѣшней формѣ; чѣмъ труднѣе представлялось самое творчество, тѣмъ бо́льшее значеніе получали его осязательные результаты. Однажды найденное и признанное за удачное выраженіе юридической идеи запечатлѣвалось въ памяти и повторялось въ новыхъ подходящихъ случаяхъ. Древнѣйшій юристъ зналъ только по одной формѣ каждаго акта и въ его представленіи она совпадала съ существомъ акта. Форма и выраженная ею идея мыслились нераздѣльно: все представленіе объ актѣ получало отъ того чувственный характеръ, все юридическое міровоззрѣніе отличалось тою грубостью, которая связана тѣсно съ грубостью языка и которая не была исключительнымъ достояніемъ одного права. Она повторялась одновременно во всѣхъ сферахъ умственной дѣятельности.

Пластичность юридическихъ актовъ была дальнѣйшимъ выраженіемъ этой грубости. Акты облекаются въ яркую внѣшнюю форму; притомъ такая форма имѣетъ торжественное значеніе, потому что каждый составной элементъ ея представляется непосредственнымъ выраженіемъ мысли. Каждое слово, каждый жестъ есть не простой знакъ для означенія мысли, но есть самая мысль, представшая въ видимомъ образѣ; слова и жесты дѣйствуютъ возбуждающимъ образомъ на нервы участниковъ и присутствующихъ, ихъ произнесеніе и выполненіе составляетъ нѣкоторое торжество. — Слову принадлежитъ здѣсь первое мѣсто. Сюда относится произнесеніе ряда торжественныхъ формулъ, разставленныхъ по извѣстному порядку, то въ видѣ монолога (какъ въ манципаціи), то въ видѣ діалога (какъ въ стипуляціи), то—разговора между тремя лицами (какъ въ in iure cessio). Произнесеніе словъ сопровождается или прерывается торжественными движеніями (жестами), каковы наложеніе руки на вещь, прикосновеніе къ ушамъ свидѣтелей и др. Все это предполагаетъ торжественное участіе въ актѣ опредѣленнаго числа

частныхъ или должностныхъ лицъ: свидѣтелей, вѣсовщика, жрецовъ или свѣтскаго магистрата. Весь актъ пріобрѣтаетъ драматическій характеръ; это—драма, которую разыгрываютъ точно опредѣленные, по числу и по качеству, участники, произнося торжественныя слова и дѣлая не менѣе торжественныя тѣлодвиженія.

Такая форма сама по себѣ ударяетъ уже слишкомъ сильно по нашему тонкому слуху и зрѣнію и вотъ почему торжественные акты древности называютъ часто формальными въ противоположность другимъ, «неформальнымъ». Однако такое обозначеніе не точно. Нѣтъ ни одного акта безъ формы, каждый юридическій актъ есть не что иное, какъ форма для выраженія воли и мысли; всѣ акты—одинаково форма. Раздѣленіе актовъ на формальные и неформальные представляетъ интересъ, но только въ другомъ смыслѣ. Именно акты распредѣляются на двѣ группы, смотря по тому, какую цѣну придаетъ право ихъ формѣ.

Какъ ни тяжело дается выработка формъ, тѣмъ не менѣе появленіе хотя бы слабѣйшихъ разновидностей возможно уже въ очень раннее время. Но значеніе формы, избранной и утвержденной авторитетомъ гражданско-правовой власти, въ томъ и состоитъ, что *только* съ нею связываются необходимыя юридическія послѣдствія. Такъ слагается формализмъ. *Формализмъ есть такой порядокъ юридической оцѣнки актовъ, въ которомъ приписывается юридическое значеніе только нѣкоторой опредѣленной формѣ ихъ.* Въ правѣ Квиритовъ содержаніе формализма сводится къ двумъ началамъ:

1. Только въ одной, однажды выработанной и удержанной формѣ актъ обладаетъ присвоеннымъ ему юридическимъ значеніемъ, т.-е. ведетъ къ юридическимъ послѣдствіямъ. Малѣйшая ошибка въ соблюденіи формы, ошибка въ словѣ, жестѣ, числѣ свидѣтелей, ихъ поведеніи и т. п. дѣлаетъ актъ недѣйствительнымъ всецѣло. Съ другой стороны, если актъ совершенъ по формѣ, для него установленной, то онъ непремѣнно ведетъ къ предустановленнымъ послѣдствіямъ; никакія оговорки или отговорки не принимаются во вниманіе. Что сказано, то сдѣлано—и почитается безусловно выраженіемъ

воли дѣйствовавшаго. Квиритское право вовсе не знаетъ отмѣны актовъ, заключенныхъ вслѣдствіе заблужденія, обмана, даже насилія или устрашенія. Это—прямой результатъ той чувственности мысли, при которой въ представленіи юриста сливаются и форма, и существо акта. Торжественная форма составляетъ существенный элементъ акта; если жизнь успѣла внести въ форму какія-либо разновидности, то юристъ безусловно игнорируетъ ихъ.

2. Изъ того же источника вытекаетъ другое начало. Смыслъ каждой произнесенной формулы толкуется по непосредственному, общепринятому смыслу словъ. Юристъ не допускаетъ мысли, чтобы сторона могла проговориться, употребить слово въ иномъ значеніи, чѣмъ общепринятое, и т. п. Онъ также ничего не выводитъ изъ произнесенныхъ словъ, ничего не предполагаетъ, но требуетъ, чтобы все желаемое стороною было прямо высказано ею. Форма акта служитъ для него полнымъ воплощеніемъ его идеи и онъ не ищетъ слѣдовъ ея внѣ его формы.

Таковы начала древнѣйшаго формализма. Періодъ процвѣтанія и господства квиритскаго права есть въ то же время періодъ процвѣтанія и господства формализма. Въ квиритскомъ правѣ выработалась цѣлая система формальныхъ актовъ: формализмъ положилъ яркій отпечатокъ на гражданскій оборотъ и судопроизводство этого періода. Онъ не обнималъ безусловно всѣ гражданскіе акты, но вездѣ, гдѣ было необходимо наиболѣе точное выраженіе юридической идеи, гдѣ, слѣдовательно, сознаніе этой идеи достигало высшей степени, тамъ отпечатлѣлся формализмъ. Такимъ образомъ формальными были въ гражданскомъ оборотѣ акты двусторонніе, въ гражданскомъ судопроизводствѣ—акты, обладавшіе въ какомъ-либо отношеніи окончательнымъ, рѣшающимъ значеніемъ. Всѣ эти акты гражданско-правовая власть приняла подъ свой особый контроль, опредѣливъ точное и *неизмѣнное* юридическое значеніе каждой формы. Въ другихъ актахъ избраніе и дальнѣйшее развитіе формы было предоставлено на усмотрѣніе частныхъ лицъ и юридическое значеніе ихъ не соединялось съ опредѣленною формою (ср. ниже, § 71); но такихъ актовъ въ

квиритскомъ правѣ было немного и ихъ значеніе блѣднѣло предъ значеніемъ формальныхъ актовъ.

Побочныя причины.

§ 62. Своимъ происхожденіемъ формализмъ былъ обязанъ всецѣло особенностямъ умственнаго развитія его времени. Другими словами, формализмъ былъ необходимою ступенью, которую право должно было пройти, слѣдуя историческому развитію человѣческой мысли. Однако въ Римѣ крайнее развитіе военнаго быта и военнаго строя могло усилить эту естественную склонность къ формализму. Копье издавна служило символомъ древнѣйшаго права: оно было символомъ собственности, фигурировало въ судебномъ спорѣ и въ свадебномъ обрядѣ. Вліяніе военнаго быта шло далѣе обрядностей. Вотъ что̀ говоритъ по этому случаю Ерингъ: «не является-ли правовой формализмъ, подобно военному формализму, порядкомъ порядка ради, дисциплиной юридическихъ сдѣлокъ, которая держится неумолимо строгой равномѣрности и наказываетъ безъ снисхожденія всякій проступокъ, всякую ошибку и всякое отступленіе отъ внѣшняго порядка, хотя бы само по себѣ оно было безразлично. Для римскаго права формализмъ представлялъ ту же школу дисциплины и порядка, которую народъ находилъ въ лагерѣ. Здѣсь, въ лагерѣ народъ привыкъ къ тому подчиненію, къ той строгости буквы, которую онъ нашелъ впослѣдствіи снова въ формахъ правовой жизни. Полководецъ, посѣдѣвшій на службѣ, не могъ бы съ бо̀льшимъ педантствомъ и съ бо̀льшею строгостью установить внѣшній порядокъ правоваго сношенія и надзирать надъ нимъ, чѣмъ римскіе юристы.»

Будучи вызванъ къ жизни общими причинами, формализмъ былъ способенъ также сослужить службу посторонним цѣлямъ, въ интересахъ которыхъ его поддерживали преднамѣренно. Сюда относится политическое значеніе формализма въ римскомъ правѣ. Акты, которые облечены въ форму, заранѣе опредѣленную и для всѣхъ одинаково обязательную, которые далѣе толкуются, строго придерживаясь формы, — такіе акты представляютъ хорошее ручательство противъ произвола судебной власти, склонной проявить его при ихъ судебной оцѣнкѣ. Формализмъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, врагъ

судебнаго произвола. Эта сторона формализма была дорога плебеямъ въ ихъ борьбѣ съ патриціями; поэтому XII таблицъ освятили систему формализма. Онѣ предписали при судебной оцѣнкѣ сдѣлокъ придерживаться строго ихъ формы, — того, что было сказано при ихъ совершеніи. Такъ надо толковать два слѣдующія мѣста закона: «cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto» и другое: «uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.»

Формализмъ выразился въ четырехъ группахъ юридическихъ сдѣлокъ: 1) сдѣлки манципаціонныя, 2) сдѣлки виндикаціонныя, 3) стипуляція и 4) литтеральный контрактъ. Двѣ послѣднія группы составляютъ позднѣйшія образованія и объ нихъ будетъ рѣчь нѣсколько ниже (гл. IX).

Сдѣлки per aes et libram.

§ 63. Наиболѣе древнюю форму въ гражданскомъ оборотѣ представляютъ сдѣлки «посредствомъ мѣди и вѣсовъ». Это форма внѣ-судебная. По своему виду она есть купля-продажа. Пріобрѣтатель присвоиваетъ себѣ право надъ купленнымъ предметомъ при наличности этого послѣдняго и въ присутствіи лица отчуждающаго, пяти свидѣтелей и вѣсовщика. Вѣсовщикъ взвѣшиваетъ количество металла, нужное для уплаты. Въ своихъ различныхъ приложеніяхъ сдѣлка носитъ различныя названія; сюда относятся:

1. *Mancipatio* (описаніе см. § 24). Манципація была способомъ пріобрѣтенія вещей, вошедшихъ въ правильный гражданскій оборотъ (вещи mancipi), и установляла право собственности и сервитуты; ею же пріобрѣтались въ кабалу (mancipium) свободныя лица. Это послѣднее употребленіе исчезло раньше другихъ. Для пріобрѣтенія собственности и сервитутовъ манципація употреблялась еще во время Гая, который указываетъ на нее, какъ на любимый способъ отчужденія [138]). Въ самомъ дѣлѣ, торжественная обстановка представляла свои гарантіи при пріобрѣтеніи цѣнныхъ вещей и были примѣры примѣненія манципаціи къ дорогимъ вещамъ, не принадлежавшимъ къ разряду вещей mancipi [139]). Послѣ

[138]) II. 25.

[139]) *Plin.* Hist. nat. IX, 60.

Константина В. манципація, какъ самостоятельный и формальный способъ пріобрѣтенія собственности и сервитутовъ, исчезаетъ; но остается въ употребленіи торжественная передача вещи. Она совершается въ присутствіи пяти — семи свидѣтелей; при ней произносятся извѣстныя слова, обозначающія пріобрѣтеніе права собственности и пріобрѣтающій передаетъ отчуждающему одну или нѣсколько монетокъ, какъ символъ уплаты. Въ такомъ видѣ (безъ значенія формальнаго акта) манципація употребляется при пріобрѣтеніи права собственности вплоть до Юстиніана и извѣстна также подъ владычествомъ остъ-готовъ въ Галліи, вестъ-готовъ и лонгобардовъ въ Италіи. Въ однихъ мѣстахъ (на Востокѣ и въ Галліи) она сливается въ одинъ актъ съ традиціей (traditio solennis), въ другихъ (Италія) появляется рядомъ съ нею, служа къ вящему укрѣпленію акта купли-продажи [140]).

2. *Coemptio* (см. описаніе на стр. 60). Coemptio вышла изъ употребленія, вѣроятно, во второй половинѣ императорскаго періода [141]).

3. *Nexum* (описаніе см. на стр. 60). Заключеніе займа въ этой формѣ исчезло, повидимому, уже къ VI вѣку города Рима.

4. *Solutio per aes et libram* (описаніе см. на стр. 60). Въ этой формѣ уничтожался первоначально долгъ, установленный посредствомъ nexum; но сдѣлка пережила nexum, потому что употреблялась потомъ для уничтоженія долга, происшедшаго изъ другихъ источниковъ. По свидѣтельству Гая [142]) ею погашается также обязательство, установленное завѣщаніемъ (легатъ per damnationem), и обязательство, установленное судебнымъ рѣшеніемъ.

5. *Testamentum per aes et libram* (описаніе см. на стр. 122). Несомнѣнно, это примѣненіе манципаціонной формы возникло позднѣе другихъ ея примѣненій. Распоряженія завѣщанія были сложнѣе распоряженій, которыя могли заключаться въ другихъ манципаціонныхъ сдѣлкахъ. Завѣщаніе содержало назначеніе наслѣдника (heredis institutio) или многихъ наслѣдниковъ и

140) *Voigt*, II § 119.
141) *Rossbach*, Die römische Ehe.
142) III. 175. 173.

кромѣ того обыкновенно—лишеніе наслѣдства (exheredatio) и назначеніе отказовъ (легатовъ). Всѣ эти распоряженія излагались обязательно въ торжественной формѣ: «такой-то да будетъ наслѣдникомъ» (Titius heres esto), или «сынъ мой такой-то да будетъ лишенъ наслѣдства» (Titius filius meus exheres esto). Для назначенія отказовъ выработались постепенно четыре формы [143]): 1) отказъ *per vindicationem*: «такую-то вещь такому-то даю (do lego)»; такъ отказывалъ завѣщатель вещь, которая была его собственностью во время совершенія завѣщанія, и, въ видахъ дѣйствительности отказа, должна была оставаться его же и въ моментъ его смерти. Легатарій пріобрѣтаетъ на отказанную вещь право собственности (и, слѣдовательно, можетъ отыскивать ее посредствомъ виндикаціи) съ момента вступленія наслѣдника въ наслѣдство; стало быть, если наслѣдникомъ былъ назначенъ «свой» (suus, стр. 121), то—съ момента открытія (delatio) наслѣдства или смерти завѣщателя. Для пріобрѣтенія отказанной вещи легатаріемъ не требуется никакой передачи ея наслѣдникомъ; легатарій пріобрѣтаетъ ее само собою, какъ скоро совершилось вступленіе въ наслѣдство, даже если не знаетъ объ отказѣ; 2) отказъ *per damnationem*: «наслѣдникъ мой осуждается дать (dare damnas esto) такую-то вещь такому-то»; такъ отказать наслѣдникъ могъ и свою, и чужую вещь, и легатарій имѣлъ противъ наслѣдника личный искъ (a. in personam) для взысканія съ него или вещи, или ея двойной цѣны. На значеніе легата составляло сколокъ съ nexum и искъ предъ являлся сначала въ формѣ наложенія руки (manus iniectio); отказанная вещь становилась собственностью легатарія послѣ того, какъ была ему передана (манципація и др.). Если была отказана вещь, не принадлежащая завѣщателю (такой отказъ, вѣроятно, относительно позднѣйшаго происхожденія), то отъ наслѣдника зависѣло пріобрѣсти эту вещь для легатарія или предложить ему, взамѣнъ ея, ея цѣну. Такъ рѣшалъ дѣло еще Лабеонъ [144]); напротивъ, по мнѣнію Ульпіана, наслѣдникъ

Формы отказовъ.

---

143) *Gai*. II. 192—223.
144) *Dig*. 32 fr. 30 § 6.

лишь тогда можетъ уклониться отъ пріобрѣтенія отказанной суммы, когда собственникъ ея не захочетъ продать ее, или же заломитъ за нее несообразную цѣну [145]); 3) отказъ *per praeceptionem* или отказъ вещи самому наслѣднику въ добавокъ къ его наслѣдственной долѣ: «такой-то да возьметъ себѣ (praecipito) такую-то вещь»; вещь, отказанную такимъ образомъ, наслѣдникъ получаетъ при раздѣлѣ наслѣдства (actio familiae herciscundae); 4) отказъ *sinendi modo*, повидимому, наиболѣе поздняго происхожденія, есть отказъ кому-либо вещи, принадлежащей завѣщателю или наслѣднику: «наслѣдникъ мой симъ осуждается предоставить такому-то взять себѣ и присвоить (damnas esto sinere... sumere sibique habere) такую-то вещь». Этотъ отказъ выработался, какъ дополненіе къ отказу per damnationem и сначала осуществлялся, вѣроятно, такъ же, какъ и этотъ послѣдній.—Всѣ четыре формы, составляя часть завѣщанія, представляли преобразованіе и усложненіе манципаціонной формы; притомъ отказы per damnationem и sinendi modo сами были не что иное, какъ повтореніе («damnas esto») формы, обычной при установленіи кабальныхъ отношеній.

Таковы разнообразные случаи манципаціи. Столь разнообразное употребленіе одной и той же формы было результатомъ какъ первоначальнаго сходства самыхъ отношеній, къ установленію или прекращенію которыхъ эта форма примѣнялась, такъ и недостатка изобрѣтательности, свойственнаго древнѣйшей юриспруденціи. Можно допустить, что сначала манципація во всѣхъ случаяхъ своего приложенія передавала дѣйствительность. При пріобрѣтеніи вещи и жены, при заключеніи займа и совершеніи завѣщанія происходила дѣйствительная купля—продажа. Однако врядъ-ли, съ другой стороны, сходство было на столько сильно, что не требовалось какое-либо разнообразіе формъ. Слабая на изобрѣтательность юридическая мысль удовлетворилась простымъ переносомъ формы, однажды выработанной, въ область другихъ отношеній. Такимъ образомъ первоначальная область манципаціи распространилась и подъ конецъ—настолько, что стали замѣчать внутри ея явственныя

145) *Dig.* 30 fr. 71 § 3.

различія. Тогда выработалось общее понятіе сдѣлки «посредствомъ мѣди и вѣсовъ» и за отдѣльными ея примѣненіями установились особыя названія: mancipatio, nexum, coemptio и т. д. Этому процессу отвлеченія способствовало и то, что манципаціонныя отношенія передѣлывались постепенно и манципаціонная форма во всѣхъ случаяхъ перестала выражать дѣйствительность. Изъ купли-продажи манципація стала вообще способомъ установленія собственности и сервитутовъ, coemptio—установленіемъ брака, testamentum—дѣйствительнымъ завѣщаніемъ. Nexum долѣе другихъ сдѣлокъ сохраняло свой первоначальный характеръ. Форма «посредствомъ мѣди и вѣсовъ» сдѣлалась символическою. Употребленіе такой формы по старой привычкѣ выдавало извѣстную неподвижность юридической мысли; но вмѣстѣ съ тѣмъ оно содѣйствовало образованію отвлеченности въ образѣ мысли, потому что несоотвѣтствіе внѣшняго вида дѣйствительности, которое наблюдалось теперь въ сдѣлкахъ, вызывало понятіе о существѣ сдѣлки въ противоположность ея формѣ.

Сдѣлки виндикаціоннаго типа.

§ 64. Второй рядъ въ исторіи формальныхъ сдѣлокъ образовался изъ формы судопроизводства [146]). Подъ видомъ мнимаго процесса предметъ передавался отъ одного лица другому. Пріобрѣтатель, выступая въ видѣ истца, затѣвалъ мнимый процессъ о принадлежности ему данной вещи; обладатель ея, принимавшій на себя роль отвѣтчика, ничего не возражалъ противъ этого и магистратъ присуждалъ вещь истцу. Въ противоположность дѣйствительному процессу съ дѣйствительною борьбою тяжущихся, это былъ процессъ мирный, съ обѣихъ сторонъ добровольный. Такая противоположность выразилась потомъ въ раздѣленіи юрисдикціи магистрата на iurisdictio contentiosa и i. voluntaria.—Виндикаціонная сдѣлка, въ ея древнѣйшихъ приложеніяхъ, образовалась до законовъ XII таблицъ [147]). Ея происхожденіе связано, если не съ паденіемъ авторитета свидѣтелей, еще крѣпкимъ въ то время, то съ начавшимся вліяніемъ высшей судебной власти. Форма

146) *Lichtenstein*, De in iure cessionis origine et natura, 1881. *Keller*, Der röm. Civilprocess, notae 288—293; *Voigt*, II § 120

147) *Liv*. 2. 5.

цессіи весьма характеристична для юриспруденціи, современной ея образованію. Сознавъ необходимость привлеченія магистрата къ совершенію сдѣлокъ, творцы цессіи въ то же время не нашли для этого лучшаго средства, чѣмъ простое повтореніе той формы, которую уже до того приняло соприкосновеніе магистрата съ частными лицами. Это была форма процессуальная и ее перенесли всецѣло въ новую область. Такъ проявилась вновь конкретность мысли. Дѣятельность магистрата въ гражданскихъ дѣлахъ иначе и не мыслилась, какъ въ томъ видѣ, въ которомъ она проявилась впервые. Весьма интересно въ этомъ отношеніи, что цессія, будучи образована изъ виндикаціи, сохранила вообще всѣ виндикаціонныя свойства, хотя это и противорѣчило ея назначенію, какъ юридической сдѣлки. Виндикація не могла быть предъявлена лицомъ, состоящимъ подъ властью, напримѣръ, сыномъ, рабомъ; то же распространялось и на цессію, хотя манципацію эти лица совершали безпрепятственно [148]. Еще во время Помпонія существовало слѣдующее правило: если кто-либо, получившій вещь въ полное пользованіе (узуфруктъ), передаетъ свое право, посредствомъ цессіи, собственнику этой вещи, то право узуфрукта уничтожается и для собственника возстановляется его право собственности во всей первоначальной полнотѣ его; если же узуфруктуаръ совершитъ такую передачу лицу постороннему, т.-е не собственнику вещи, то этотъ послѣдній ничего не получаетъ, самъ же узуфруктуаръ теряетъ свое право и вся выгода сдѣлки оказывается на сторонѣ собственника: его право собственности возстановляется въ своей полнотѣ [149]. Этотъ странный результатъ объясняется (по одному изъ многочисленныхъ предположеній) процессуальною формою цессіи. Узуфруктуаръ теряетъ свое право, потому что, совершая цессію, онъ призналъ его принадлежащимъ другому (хотя это признаніе было неправильно, такъ какъ полная передача узуфрукта «постороннему» лицу не допускалась). Подобно этому сособственникъ, отпускающій общаго раба на волю безъ согласія другаго сособственника, не обращая раба въ свободнаго, те-

[148]) *Gai.* II. 96.
[149]) *Dig.* 23. 3 fr. 66.

ряетъ на него свое право собственности, если дѣлаетъ это посредствомъ цессіи [150]). Точно такъ же происходитъ съ опекуномъ по уступкѣ (tutor cessicius, см. ниже), если онъ вздумаетъ цедировать право опеки постороннему лицу, т.-е. не опекуну по закону, отъ котораго онъ самъ получилъ свое право [151]). Позднѣйшіе юристы отмѣнили нѣкоторыя изъ этихъ несообразностей, порожденныхъ чувственностью представленій; такъ, напримѣръ, Гай въ вышеописанномъ случаѣ цессіи узуфрукта ограничивается тѣмъ, что признаетъ актъ ничтожнымъ [152]). Вѣроятно, еще ранѣе стали допускать подвластнаго сына, по порученію его отца, къ освобожденію раба, въ формѣ цессіи [153]). Ко времени Константина В. цессія вышла изъ употребленія, но не всѣ несообразности, связанныя съ нею, исчезли вмѣстѣ съ нею. Еще въ дигестахъ мы находимъ, напримѣръ, замѣчаніе, которое какъ бы предполагаетъ, что лицо alieni iuris можетъ пріобрѣтать для своего господина, изъ числа сервитутовъ, только сельскіе сервитуты [154]). Это правило—остатокъ старины, когда сельскіе сервитуты устанавливались манципаціей, а остальные—цессіей; манципацію могло совершать подвластное лицо, цессію же не могло.

Какъ и въ манципаціи, въ цессіи еще не выражается идея *передачи* права. И здѣсь мы видимъ односторонній захватъ предмета, узаконенный отсутствіемъ протеста со стороны прежняго обладателя. Но въ одномъ отношеніи цессія стояла выше манципаціи. Если ея форма была, какъ мы видѣли, продуктомъ относительной конкретности мысли, то потомъ она же содѣйствовала образованію нѣкоторой отвлеченной идеи. Въ самомъ дѣлѣ, въ манципаціи (въ ея первоначальномъ видѣ) мы встрѣчаемъ изображеніе того, что̀, дѣйствительно, происходило между ея участниками (купля—продажа); въ цессіи, напротивъ, изображается нѣчто иное, необходимое для участниковъ ея лишь по своему юридическому результату. Какъ и

150) *Ulp.* 1. 18.
151) *Ulp.* 11. 7.
152) *Gai.* II. 30.
153) *Dig.* 48. 2. fr. 22; *Dig.* 40. 9. fr. 15 § 1; ср. *Dig.* 37. 14 fr. 13.
154) *Dig.* 8. 1 fr. 12; *Vat. Fragm.* § 51.

въ манципаціи, въ ея позднѣйшемъ видѣ, эта условность формы способствовала раздѣленію мысли о существѣ сдѣлки и ея формѣ.

Обратимся теперь къ отдѣльнымъ случаямъ цессіи.

1. Можетъ быть, наиболѣе раннимъ случаемъ была manumissio vindicta, отпущеніе раба на волю посредствомъ виндикаціи. Когда господинъ хотѣлъ освободить своего раба на волю, то устроивался мнимый процессъ о свободѣ раба. Кто-либо, какъ это требовалось судопроизводствомъ, являлся въ качествѣ защитника свободы и вчиналъ искъ, противъ котораго господинъ не возражалъ, и магистратъ объявлялъ раба свободнымъ (ср. стр. 160). Эта форма должна была образоваться какъ дополненіе къ другой — manumissio censu. Эта послѣдняя, будучи связана съ періодомъ производства ценза (однажды въ 5 лѣтъ), должна была оказаться недостаточною по мѣрѣ развитія рабства и увеличенія числа отпущеній. Стали обращаться къ магистратамъ, производившимъ цензъ (консуламъ), съ просьбою осуществить отпущеніе на волю помимо ценза и для достиженія этого употребили виндикаціонную форму.

2. *In iure cessio* для пріобрѣтенія права собственности на вещи и для установленія сервитутовъ; подробности см. § 60.

3. *Emancipatio* [155]) и 4. *Datio in adoptionem* [156]). Къ образованію этихъ сдѣлокъ въ томъ видѣ, какъ онѣ дошли до насъ, привело одно изъ постановленій XII таблицъ. По этимъ законамъ сынъ, проданный своимъ отцомъ въ кабалу три раза, освобождался совершенно изъ подъ отеческой власти (стр. 41). Для того, чтобы освободить сына изъ подъ своей власти и сдѣлать его лицомъ самостоятельнымъ, отецъ продавалъ его кому-либо какъ бы въ кабалу, послѣ чего новый господинъ сына отпускалъ его изъ кабалы. Это повторялось три раза, послѣ чего сынъ становился свободнымъ. Продажа въ кабалу совершалась посредствомъ манципаціи, освобожденіе же изъ кабалы совершалось каждый разъ въ виндикаціонной формѣ. Вся

---

[155]) *Gai.* I. 132.
[156]) *Gai.* I. 134

сдѣлка, слѣдовательно,—сложная. Она состояла изъ ряда манципацій и цессій (виндикацій). Если же требовалось не освободить сына, а усыновить его другому лицу, то, послѣ трехъ манципацій и двухъ манумиссій (третья манумиссія замѣнялась передачей сына отцу посредствомъ remancipatio), усыновитель виндицировалъ усыновляемаго въ свою власть. — Обѣ сдѣлки были уничтожены только Юстиніаномъ [157]).

5. *Cessio hereditatis legitimae* [158]) и 6) *Cessio tutelae legitimae* [159]). Наслѣдникъ по закону, но не по завѣщанію, и притомъ такой, который вообще имѣетъ право отказаться отъ наслѣдства, слѣдовательно, не suus et necessarius heres (стр. 121), можетъ до своего вступленія въ наслѣдство передать его во всей цѣлости кому-либо другому. Для всѣхъ прочихъ наслѣдниковъ это недостижимо [160]).—Точно такъ же законный опекунъ надъ женщиной (tutor legitimus) можетъ передать свое право постороннему лицу, которое получаетъ названіе tutor cessicius. Полномочія этого послѣдняго прекращаются со смертью передавшаго. Для всѣхъ остальныхъ опекуновъ такая передача недоступна.—Въ этихъ двухъ примѣненіяхъ цессіи, вѣроятно наиболѣе позднихъ изъ всѣхъ ея примѣненій, надо признать симптомъ ослабленія агнатской связи, когда права агнатовъ потеряли свое первоначальное значеніе и представляли для нихъ лишь одно обремененіе.

Судопроизводство per legis actiones.

§ 65. Судопроизводство квиритскаго права [161]) сложилось изъ трехъ древнѣйшихъ, уже извѣстныхъ намъ формъ: l. a. per

[157]) Emancipatio: *Cod.* 8. 48 l. 6; *Inst.* 1. 12 § 6.—Adoptio: *Cod.* 8. 47 l. 11.

[158]) *Gai.* III. 85 слѣд.

[159]) *Gai.* I. 168 слѣд.; *Ulp.* 11. 6—8.

[160]) Если наслѣдникъ по закону или по завѣщанію передаетъ наслѣдство послѣ своего вступленія въ него, то происходитъ слѣдующее: передаются только вещи, долги остаются на наслѣдникѣ, а права по обязательствамъ совсѣмъ погашаются, такъ что должники наслѣдственной массы освобождаются отъ лежащихъ на нихъ обязательствъ. Этотъ результатъ былъ обусловленъ процессуальными свойствами цессіи, подобно другимъ, перечисленнымъ выше, стр. 150 сл.; ср. Гай II. 85—87.

[161]) *Keller*, Der römische Civilprocess, §§ 1—21; *Bethmann-Hollweg*, Der römische Civilprocess, I; *Karlowa*, Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen.

manus iniectionem (стр. 68 и 97), l. a. per pignoris capionem (стр. 69) и l. a. sacramenti (стр. 81). Съ теченіемъ времени къ этимъ формамъ прибавились еще двѣ: l. a. per iudicis postulationem (§ 67), введенная закономъ отъ неизвѣстнаго года, и l. a. per condictionem (гл. IX), введенная двумя законами въ началѣ VI вѣка. Такимъ образомъ вся система, въ законченномъ видѣ, состояла изъ пяти формъ. Въ такомъ видѣ передаетъ ее намъ Гай. Онъ перечисляетъ [162]) отдѣльныя формы уже не въ порядкѣ ихъ историческаго появленія, но въ другомъ, сообразно той важности, которая принадлежала каждой изъ нихъ впослѣдствіи.

Это судопроизводство — торжественное. Оно состоитъ изъ ряда торжественныхъ словъ и дѣйствій, которыя происходятъ при торжественной обстановкѣ. Мѣсто главнѣйшихъ актовъ опредѣлено точно. Такъ, происходящее предъ магистратомъ должно совершаться въ комиціумѣ, за исключеніемъ случаевъ, когда это невозможно (напр., споръ о недвижимости); но въ такомъ случаѣ магистратъ, отправляясь въ другое мѣсто, сообщаетъ ему особое значеніе [163]). Точно такъ же опредѣлено время. Судоговореніе предъ магистратомъ можетъ происходить лишь въ извѣстные дни: одни изъ нихъ (dies fasti, 40 въ году) цѣликомъ назначены для этого, другіе только въ часы, свободные отъ исполненія религіозныхъ церемоній (dies intercisi) или отъ народныхъ собраній (dies comitiales, 190 въ году); наконецъ въ извѣстные дни (dies nefasti) судоговореніе предъ магистратомъ вовсе не допускается. Законы XII таблицъ опредѣляютъ предѣлы судебнаго дня: до полудня открывается разбирательство, опоздавшій въ судъ къ полудню подвергается

---

[162]) *Gai.* IV. 12. Lege autem agebatur modis quinque, sacramento, per iudicis postulationem, per condictionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem.

[163]) *Dig.* 1. 1. fr. 11.... alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appelatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur. — *Gai.* IV. 29: extra ius, id est non apud praetorem; — IV. 164.... ex iure exeat, id est a praetore discedat.

всѣмъ послѣдствіямъ неявки; съ заходомъ же солнца оканчивается судебный день [164]).

Судопроизводство per legis actiones—формальное. Торжественные акты, изъ которыхъ оно состоитъ, суть въ то же время акты формальные. Все должно совершаться въ той формѣ, какъ предписано, подъ страхомъ недѣйствительности самаго акта. Гай сохранилъ одинъ примѣръ, поясняющій это. Кто, отыскивая вознагражденіе за поврежденныя виноградныя лозы, называлъ ихъ не деревьями (arbores), а лозами (vites), тотъ проигрывалъ искъ. Установленная формула иска гласила о деревьяхъ и не было особой формулы касательно лозъ; ошибка въ одномъ словѣ уничтожала весь процессъ [165]). — Такой формализмъ былъ обусловленъ духомъ времени. Кромѣ того онъ находилъ для себя особое основаніе въ отношеніи судопроизводства къ законамъ XII таблицъ. Во избѣжаніе произвола со стороны судящей власти было принято, что допускаются только иски, которые установлены этими законами. При грубости языка и мысли это повело къ полному параллелизму постановленій закона и исковыхъ формулъ; въ послѣднихъ воспроизводились рабски слова и выраженія закона. О чемъ не говорилъ законъ, о томъ не слѣдовало говорить и на судѣ; что̀ законъ постановлялъ въ извѣстныхъ словахъ, то въ тѣхъ же самыхъ словахъ слѣдовало выражать и въ исковой формулѣ [166]). Можетъ быть, и самъ законодатель, формулируя свои постановленія, пользовался языкомъ исковыхъ формулъ, сложившихся до него; но какъ скоро онѣ вошли въ законъ, онѣ стали авторитетнымъ источникомъ для судоговоренія. Отсюда и самое судопроизводство называется *legis* actio.

Выраженія начала добровольнаго подчиненія суду (стр. 86) обращаются постепенно въ переживанія. Тяжущіеся объявляютъ предъ свидѣтелями о томъ, что они принимаютъ споръ въ той формѣ, какъ онъ установленъ въ торжественномъ судоговореніи (in iure) и подчиняются судебному рѣшенію, которое имѣетъ быть постановлено (litis contestatio, стр. 86);

---

164) *Leg. XII tab.*, I. 7. 8. 9.
165) *Gai.* IV. 11.
166) *Dig.* 1. 2 fr. 2 § 6; *Gai.* IV. 11.

но на самомъ дѣлѣ такой исходъ становится для нихъ обязательнымъ и самое объявленіе вынужденнымъ. Судебное рѣшеніе по прежнему (стр. 79) называется мнѣніемъ (sententia), но на самомъ дѣлѣ оно уже приговоръ, который устанавливаетъ права въ отношеніяхъ сторонъ. Споръ въ l. a. sacramenti по прежнему идетъ какъ бы о закладѣ, сдѣланномъ тяжущимися въ храмовую казну (стр. 83), но на самомъ дѣлѣ главный предметъ судоговоренія и приговора составляютъ спорныя отношенія.—Вмѣстѣ съ тѣмъ обращаются въ переживанія выраженія самодѣятельности въ судопроизводствѣ. Вся торжественная часть процесса состоитъ изъ формулъ и обрядовъ, которыя произносятся и выполняются по преимуществу сторонами; имъ повидимому принадлежитъ здѣсь активная роль, магистратъ же ограничивается пассивною ролью: онъ слушаетъ и оцѣниваетъ все, происходящее предъ нимъ (стр. 85). Но на самомъ дѣлѣ происходитъ нѣчто иное. Стороны произносятъ торжественныя формулы не самопроизвольно: предъ этимъ онѣ, не стѣсняясь никакою формою, передаютъ дѣло магистрату или юристамъ, его окружающимъ, и получаютъ отъ нихъ необходимыя наставленія относительно торжественной части процесса. Мало-по-малу эта торжественная часть превращается въ формальность, довольно обременительную, и дальнѣйшій интересъ процесса сосредоточивается на судоговореніи предъ судьею, котораго назначаетъ магистратъ для окончательнаго разбора дѣла.

И самоуправство теряетъ постепенно свое прежнее значеніе. Мы видѣли, какъ manus iniectio становится подъ контроль государственной власти (стр. 97); о каждомъ случаѣ наложенія руки доводится до свѣдѣнія магистрата и, въ случаѣ появленія vindex'a, предъ магистратомъ вчинается судебный споръ. Pignoris capio точно такъ же подлежитъ пересмотру предъ магистратомъ, если отвѣтчикъ возбудитъ противъ нея споръ. L. a. sacramenti становится постепенно первенствующей формой процесса и формы торжественнаго самоуправства теряя свое самостоятельное движеніе превращаются въ формы исполнительнаго процесса, посредствомъ которыхъ исполняется судебное рѣшеніе. Двѣ новыя формы: l. a. per iudicis postu-

lationem и l. a. per condictionem лишены и тѣни самоуправства.

Это преобразованіе совершается подъ непосредственнымъ вліяніемъ государственной власти на гражданское судопроизводство. Такое вліяніе проходитъ чрезъ понтифовъ и еще сильнѣе чрезъ магистратовъ. Мы не въ состояніи прослѣдить, когда именно гражданская юрисдикція окончательно перешла изъ рукъ понтифовъ въ руки магистрата; можно предположить слѣдующее: контроль надъ формами самоуправства (manus iniectio, pignoris capio), съ самаго возникновенія своего, принадлежалъ свѣтскимъ органамъ; точно такъ же двѣ новыя формы состояли подъ ихъ вѣдѣніемъ. Съ возникновеніемъ одной изъ нихъ связано, можетъ быть, учрежденіе городской претуры (388 u. c.). Когда свѣтская юрисдикція такимъ образомъ окрѣпла, тогда къ ней перешло и сакраментальное судопроизводство. Сакраментъ сталъ поступать не въ храмовую кассу, но въ государственную казну.

Государственная власть, вступивъ въ область гражданскаго правосудія, не уничтожила народнаго элемента; напротивъ, представители государственной власти соединили въ этомъ случаѣ свою дѣятельность съ представителями народа. Это выразилось въ раздѣленіи органовъ правосудія на два отдѣла: ius и iudicium, и въ соотвѣтствующемъ раздѣленіи самаго судопроизводства на процессъ in iure и на процессъ in iudicio.

Ius представляется понтифами и магистратами: консулами, трибунами съ консульскою властью, съ 388 г. въ особенности городскимъ преторомъ (praetor urbanus). Римская магистратура не знала раздѣленія властей; каждый магистратъ cum imperio имѣлъ гражданскую юрисдикцію. Однако практика установила раздѣленіе функцій и съ учрежденіемъ городскаго претора гражданская юрисдикція сосредоточилась въ его рукахъ. Предъ названными лицами происходитъ процессъ in iure—въ торжественной формѣ. Назначеніе этой части процесса состоитъ въ томъ, чтобы констатировать, въ чемъ именно состоятъ притязанія сторонъ; ее оканчиваетъ контестація тяжбы (§ 66).

Iudicium представляется двумя коллегіями судей: decemviri и centumviri, а потомъ отдѣльными судьями, избираемыми обык-

новенно самими же тяжущимися (iudices и arbitri). О происхожденіи всѣхъ этихъ формъ у насъ нѣтъ прямыхъ свѣдѣній [167]). Предъ ними происходитъ вторая часть процесса. Вѣроятно, нѣкоторые акты въ этой части, напримѣръ, провозглашеніе судебнаго рѣшенія, были облечены въ торжественную форму; но вообще in iudicio судоговореніе не торжественно. Здѣсь происходитъ самое разбирательство, принимаются и провѣряются доказательства и постановляется рѣшеніе.

Впрочемъ принципіальное раздѣленіе дѣятельности магистрата (ius) и судей (iudicium) есть дѣло времени. Первоначально судьи—не болѣе какъ помощники магистрата. Еще въ позднѣйшее время преторъ входилъ въ разборъ дѣла по существу, когда несложныя обстоятельства его были ясны съ перваго взгляда.

Litis contestatio.

§ 66. Произнося предъ преторомъ свои притязанія, ссылаясь, въ ихъ оправданіе, на тѣ или другія событія (напр.,

[167]) Существенныя свѣдѣнія о децемвирахъ сводятся къ слѣдующему: по Діонисію—ихъ коллегія учреждена Сервіемъ Тулліемъ, по Помпонію—послѣ первой сецессіи плебеевъ; ихъ личность была объявлена неприкосновенною; во время Цицерона они были судьями въ вопросахъ о свободѣ и гражданствѣ лицъ, т. е. въ спорахъ о личномъ положеніи (status) и наконецъ при Августѣ коллегія децемвировъ была поставлена во главѣ коллегіи центумвировъ.—Что касается до этой послѣдней, то существенныя извѣстія относятся къ ея подсудности. По Цицерону, ей были подсудны дѣла о недвижимой собственности, сервитутахъ и «многія другія»; та же коллегія разбирала споры объ уничтоженіи завѣщаній (querella innoficiosi testamenti); по Гаю, при разбирательствѣ дѣлъ въ центумвиральной коллегіи выставлялось копье (hasta).—Въ предположеніяхъ, которыя дѣлаются объ этомъ предметѣ, наиболѣе вѣроятное сводится къ слѣдующему: древнѣе другихъ была коллегія децемвировъ и первоначально она разбирала всѣ гражданскія дѣла; въ ея существованіи плебеи могли усматривать особую для себя гарантію (хотя, какъ кажется, члены коллегіи назначались судящимъ магистратомъ). Съ учрежденіемъ коллегіи центумвировъ (извѣстной въ эпоху изданія XII таблицъ) къ этой послѣдней перешли всѣ дѣла, представляющія тотъ или другой интересъ съ точки зрѣнія ценза, стало быть, прежде всего—дѣла о недвижимыхъ имуществахъ. Съ теченіемъ времени подсудность обѣихъ коллегій уменьшалась въ пользу отдѣльныхъ судей (iudices и arbitri), но подробности этого историческаго процесса остались неизвѣстными.

на манципацію и т. п.), тяжущійся, строго говоря, только воспроизводилъ предъ судомъ то, что произошло до суда; казалось бы, что, согласно съ этимъ, задача судьи, который разрѣшалъ дѣло, состояла въ томъ, чтобы изслѣдовать дѣйствительное положеніе его и сообразно обнаруженному постановить свой приговоръ. Однако формализмъ не остался безъ вліянія и на эту сторону процесса. Притязанія произносились на судѣ въ торжественныхъ словахъ и потому на все дѣло слѣдовало смотрѣть по смыслу словъ, въ которыхъ оно выражалось, но не по дѣйствительному смыслу событій, которыя лежали въ его основаніи. Торжественное судоговореніе устанавливало взаимныя притязанія тяжущихся въ данномъ видѣ и по контестаціи тяжбы никакія отступленія отъ этого вида не допускались. Такимъ образомъ формализмъ поддержалъ то особое дѣйствіе контестаціи, которое было обусловлено уже ея первоначальнымъ назначеціемъ (стр. 86). Торжественныя формулы могли почему-либо неточно воспроизвести спорныя отношенія тяжущихся; тѣмъ не менѣе описаніе, сдѣланное въ формулахъ, но не дѣйствительное положеніе дѣла, служило для судьи опорою при разбирательствѣ его. Судья осудитъ отвѣтчика, если откроетъ существованіе именно тѣхъ условій, въ зависимость отъ которыхъ осужденіе поставлено формулами, тогда какъ, можетъ быть, на самомъ дѣлѣ, при заключеніи сдѣлки эти условія предполагались иными. Контестація иска отмѣняетъ первоначальныя отношенія тяжущихся и устанавливаетъ взамѣнъ ихъ новыя, по смыслу произнесенныхъ торжественныхъ формулъ.

Далѣе, такъ какъ контестація иска отмѣняетъ первоначальныя отношенія тяжущихся, то послѣ состоявшейся контестаціи иска, отвѣтчикъ не можетъ освободить себя отъ отвѣтственности простымъ исполненіемъ того, что онъ долженъ былъ сдѣлать въ пользу своего противника до контестаціи. Послѣ этого момента истецъ въ правѣ требовать отъ отвѣтчика удовлетворенія въ тѣхъ размѣрахъ, которые имѣетъ установить судебное рѣшеніе, т. е. съ возмѣщеніемъ всѣхъ штрафовъ; исполненіе по обязательству, послѣдовавшее послѣ контестаціи, не избавляетъ отвѣтчика отъ всей тяжести судебнаго рѣшенія.

Наконецъ еще одно значеніе соединилось съ контестаціей тяжбы. Съ момента контестаціи наступаютъ вообще тѣ юридическія послѣдствія, которыя связываются съ фактомъ процесса. Каждый процессъ составляетъ нѣчто неопредѣленно-продолжительное; необходимо остановиться на какомъ-либо одномъ моментѣ и признать его тѣмъ моментомъ, съ наступленіемъ котораго процессъ признается осуществившимся, — и вотъ litis contestatio признается за такой моментъ. Такъ, напр., отвѣтственность добросовѣстнаго владѣльца за доходы, пріобрѣтенные отъ спорной вещи, увеличивается съ момента l. contestatio; съ того же момента прерывается теченіе исковой давности; искъ, не подлежащій наслѣдованію, теряетъ это свое свойство и переходитъ къ наслѣдникамъ и т. п.

L. a. sacramenti какъ l. a. generalis.

§ 67. Въ описанной формѣ устанавливается окончательно l. a. sacramenti. Какъ въ области юридическихъ сдѣлокъ одна первоначальная форма распространяется на рядъ подобныхъ случаевъ, такъ и въ судопроизводствѣ сакраментальная форма становится постепенно общею формою для разрѣшенія разнообразнѣйшихъ споровъ [168]). Въ своемъ развитомъ видѣ она должна была вмѣщать въ себя:

1. Rei vindicatio, искъ для защиты права собственности вещью, владѣніе коей потеряно (стр. 102).

2. Vindicatio in libertatem, искъ для защиты свободы лица, числящагося въ рабахъ. Этотъ искъ предъявляется не тѣмъ лицомъ, о свободѣ котораго идетъ споръ, но кѣмъ-либо изъ постороннихъ (adsertor libertatis).—Противоположность составляетъ vindicatio in servitutem, когда лицо, числящееся свободнымъ, объявляется чьимъ-либо рабомъ; adsertor libertatis выступаетъ здѣсь защитникомъ.

3. Hereditatis vindicatio или petitio, искъ для отысканія наслѣдства.

4. Vindicatio servitutis—для защиты правъ на сервитуты.

5. Actio negatoria—для защиты правъ собственности противъ различныхъ притязаній, ограничивающихъ его.

6. Искъ для защиты правъ, вытекающихъ изъ отцовской

---

[168]) *Gai.* IV. 13.

власти, мужней власти, власти надъ кабальными и надъ женщинами, которыя состоятъ подъ опекой.

7. Рядъ личныхъ исковъ или исковъ для защиты правъ по обязательствамъ. Изъ нихъ извѣстенъ намъ только одинъ случай: a. de arboribus succisis. Защищались только обязательства, имѣвшія своимъ содержаніемъ передачу опредѣленной величины (dare). Иски принимались только съ опредѣленіемъ точнаго размѣра требованія (certum). Кто просилъ болѣе, чѣмъ слѣдовало (pluspetitio), тотъ проигрывалъ свой искъ сполна.

L. a. per iudicis postulationem.

§ 68. Юрисдикція магистрата стремилась расшириться на счетъ авторитета понтифовъ. Мы имѣли уже случай (§ 34) сдѣлать предположеніе о томъ, какое отношеніе возникло у государственной власти къ понтификальной юрисдикціи при ихъ первомъ соприкосновеніи. Магистратура, дѣйствуя въ интересахъ общественнаго порядка, поддерживала рѣшенія понтифовъ. Въ этихъ видахъ l. a. per manus iniec. была обращена въ форму исполнительнаго судопроизводства, что мы опишемъ ниже. Но, окрѣпнувъ, магистратура должна была ревниво отнестись къ юрисдикціи понтифовъ, которая подлежала устраненію въ видахъ сосредоточенія всего гражданскаго правосудія въ рукахъ свѣтской государственной власти. Это именно движеніе находится въ связи съ исторіей той формы судопроизводства, о которой мы должны говорить въ настоящемъ мѣстѣ.

Къ сожалѣнію, мы знаемъ о ней крайне мало. Въ рукописи Гая испорчено все мѣсто, посвященное сообщенію о l. a. per iud. post. [169]). До насъ дошло только одно названіе этого иска, о существованіи котораго мы знаемъ потому, что онъ упоминается Гаемъ въ числѣ пяти формъ судопроизводства per legis actiones, да еще одна формула, въ собраніи формулъ Валерія Проба, которая повидимому относится къ этому иску. Эта формула изображена литерами: T (P?) I. A. U. P. U. D. и обозначаетъ за исключеніемъ первой литеры, начертаніе и значеніе которой спорно, слѣдующее: «...iudicem

---

169) Для лит. указаній см. статью *Schmidt'a*: Ueber die legis actio per iudicis postulationem въ Zeit. f. Rechtsgechichte, II. 145 (1881).

arbitrumue postulo uti des». Названіе формы отчасти указываетъ на ея существо. Характеристическая черта ея состояла въ томъ, что истецъ обращался къ магистрату съ требованіемъ назначить особаго судью (iudex) или посредника (arbiter) для разбора дѣла. Торжественная формула такого обращенія, вѣроятно, и записана В. Пробомъ. Вся форма была извѣстна, можетъ быть, уже закону XII таблицъ, потому что уже этому закону приписываются постановленія о назначеніи посредниковъ для разбора межевыхъ споровъ или для регулированія стоковъ дождевой воды. Обращеніе къ понтифамъ принесло бы въ такихъ дѣлахъ мало пользы, потому что въ нихъ спорный вопросъ имѣлъ своимъ предметомъ не столько права тяжущихся, сколько осуществленіе ихъ правъ на дѣлѣ. Напримѣръ, въ межевомъ спорѣ тяжущіеся спорятъ обыкновенно не о размѣрѣ принадлежащихъ имъ правъ, но о томъ, какъ надо провести межу въ натурѣ. Частный гражданинъ, въ качествѣ судьи, могъ быть полезнѣе любаго понтифа. — Вся форма, конечно, не чужда была формализма, но онъ не достигалъ здѣсь той искусственности и тонкости, съ которыми культивировали его понтифы. Торжественная процедура могла быть здѣсь кратче, чѣмъ въ сакраментальной формѣ, и проигрышъ дѣла не сопровождался штрафомъ, въ родѣ sacramentum.

Предположивъ въ l. a. p. iud. post. такія свойства, мы должны допустить, что магистратура легко могла воспользоваться этою формою для расширенія своей юрисдикціи на счетъ юрисдикціи понтифовъ. Весьма вѣроятно, что съ учрежденіемъ въ 388 г. особаго претора l. a. p. iud. post. сдѣлалась главнымъ его орудіемъ, которое, по мѣрѣ своего примѣненія къ новымъ случаямъ, удачно конкурировало съ сакраментальною формою судопроизводства, подрывая ея исключительное значеніе. Наконецъ и l. a. sacramenti перешла въ завѣдываніе претора. Въ средніе вѣка римско - католическая форма судопроизводства была унаслѣдована свѣтскими судами изъ церковныхъ судовъ; точно такъ же въ древнемъ Римѣ, вѣроятно, въ IV столѣтіи его историческаго существованія сакраментальная форма была передана понтифами въ наслѣдство свѣтскому магистрату.

Строй торжественной формы.

§ 69. Итакъ мы имѣемъ предъ собою большое количество торжественныхъ актовъ, которые представляютъ собою гражданскій оборотъ и гражданское правосудіе квиритскаго права. Изучая строй торжественной формы, мы замѣчаемъ, что онъ подчиненъ ряду оригинальныхъ началъ, разработанныхъ тонко и проведенныхъ съ большою послѣдовательностью. Сюда относятся:

1) Начало раздѣленности мыслей. Сдѣлка и процессъ состоятъ изъ ряда торжественныхъ дѣйствій, изъ которыхъ каждый выражаетъ отчетливо какую либо отдѣльную мысль, строго очерченную.

2) Начало послѣдовательности въ расположеніи этихъ дѣйствій. Они располагаются въ порядкѣ, строго обдуманномъ, съ цѣлью произвести на окружающихъ наисильнѣйшее впечатлѣніе въ надлежащемъ смыслѣ; такъ, напримѣръ, сначала выражаются правила, а потомъ исключенія.

3) Начало непрерывности. Сдѣлка, однажды начавшаяся, должна быть совершена uno actu, безъ перерыва.

4) Начало дробленія сдѣлокъ и исковъ. Каждая сдѣлка и каждый искъ имѣютъ своимъ предметомъ одно отношеніе. Нѣсколько отношеній не можетъ быть установлено одною сдѣлкою, нѣсколько правъ не защищаются въ одномъ процессѣ; напримѣръ, нельзя одною манципаціею установить право собственности на нѣсколько предметовъ или одною виндикаціею защищать нѣсколько правъ собственности. Тѣмъ болѣе не соединяются въ одномъ процессѣ нѣсколько противоположныхъ требованій; напримѣръ, если A отдалъ B что-либо на сохраненіе, а послѣ того укралъ у него и B ищетъ по иску о воровствѣ (a. furti), то A не можетъ въ томъ же процессѣ предъявить искъ о поклажѣ [170]). Отвѣтственность лица, продавшаго чужую вещь, выводится не изъ манципаціи, а изъ

[170]) *Seneca*, De beneficiis. VI. 5. 6. Illud enim video in hoc foro fieri.... separantur actiones et de eo agimus, et de eo nobiscum agitur. Non confunditur formula, si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit et ego cum illo furti agam et ille mecum depositi.... Lex legi non miscetur, utraque sua via it, depositum habet actionem propriam tam mehercule quam furtum.

понятія о furtum и осуществляется не виндикаціей, а въ формѣ особой a. auctoritatis, которая составляетъ одно изъ приложеній a. furti. При передачѣ вещи въ собственность посредствомъ цессіи (in iure cessio) передающему дозволяется удержать у себя сервитутъ на эту вещь, но не въ видѣ прямаго установленія сервитута, а въ формѣ его удержанія (deductio); въ такомъ случаѣ пріобрѣтающій вещь виндицируетъ ее «за исключеніемъ сервитута». Въ такой формѣ маскируется примѣненіе одной сдѣлки къ установленію двухъ отношеній (права собственности и сервитута). Съ теченіемъ времени дѣйствіе этого начала ослабляется. Завѣщаніе per aes et libram, какъ скоро съ назначеніемъ наслѣдника въ немъ начинаютъ назначаться и отказы (легаты), содержитъ первое существенное нарушеніе его. Ульпіанъ допускаетъ пріобрѣтеніе одною манципаціею столькихъ вещей, сколько можно обнять заразъ рукою [171]); одною виндикаціею защищаютъ также право собственности на цѣлое стадо [172]).

5) Начало симметріи. Сдѣлка, установляющая какое-либо отношеніе, имѣетъ соотвѣтствующую ей противоположную сдѣлку, которая разрушаетъ то, что́ первая установляетъ. Такъ, отношенія, которыя установлены per aes et libram, разрушаются per aes et libram. Позднѣе мы увидимъ, что дѣйствіе стипуляціи разрушается чрезъ соотвѣтствующій актъ—acceptilatio. Эти разрушающія сдѣлки строятся въ порядкѣ, обратномъ тому, который установленъ для созидающихъ слѣлокъ (ср. на стр. 60). Начало симметріи выражается еще юристомъ Ульпіаномъ какъ общее правило [173]), хотя уже ни онъ, ни его современники не подчиняются ему безусловно. Но мы видимъ однако, что оно долго держалось въ римской юриспруденціи и пережило самый формализмъ; отъ этого происходили потомъ и неудобства.

Присутствіе изложенныхъ началъ въ квиритскомъ правѣ и

---

[171]) *Ulp.* 19. 6..

[172]) *Gai.* IV. 17.

[173]) *Dig.* 50. 17 fr. 35: Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum. Ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

еще болѣе ихъ необыкновенное и послѣдовательное развитіе обнаруживаетъ, что римскій формализмъ не былъ продуктомъ одной народной жизни, но что въ образованіи его участовалъ еще и другой факторъ — сознательная работа римской юриспруденціи.

§ 70. Начало дробленія отразилось особенно въ способахъ, которыми отвѣтчикъ защищался на судѣ. Эти способы были слѣдующіе [174]:

Защита отвѣтчика.

I. Отрицаніе отвѣтчикомъ истинности утвержденія (intentio) истца. Такъ какъ истцомъ утверждалось существованіе спорнаго права въ настоящемъ времени, то отрицаніе было способно защитить отвѣтчика не только въ тѣхъ случаяхъ, когда право истца никогда не возникало вслѣдствіе юридическихъ недостатковъ акта установленія, но и въ тѣхъ, когда оно, разъ возникнувъ, погасло вслѣдствіе наступленія того или другаго уничтожающаго его обстоятельства (напр., уплаты долга). Со временемъ стали извѣстны случаи, гдѣ праву истца противопоставляется самостоятельное право отвѣтчика, устраняющее осуществленіе права истца. «Юристы пробили здѣсь двоякій путь: частью они пустили въ ходъ матеріальное право, частью же процессуальныя опредѣленія. Первый путь состоялъ въ томъ, что ссылка отвѣтчика на принадлежащее ему право основывалась исключительно на предписаніи объективной нормы, такъ что процессуально (т. е. въ исковой формулѣ, или въ судебномъ рѣшеніи) оно было совершенно невидимо: in iure отвѣтчикъ только отрицалъ существованіе истцова права, а in iudicio основывалъ это отрицаніе на своемъ собственномъ правѣ, уничтожавшемъ право истца». Истецъ, не желавшій подвергать свой искъ отрицанію, долженъ былъ уменьшать свое требованіе сообразно требованію отвѣтчика, а для опредѣленія размѣровъ послѣдняго (напр., издержекъ, произведенныхъ на спорную вещь) употреблялось praeiudicium, либо arbitrium. «Второй путь состоялъ въ томъ, что, въ виду противоположнаго требованія, иску давали совершенно особое формулированіе, которое допускало проявить это требованіе отрицаніемъ;

---

[174]) *Ihering*, III § 52.

здѣсь право отвѣтчика было видимо процессуально». Такой путь имѣлъ мѣсто въ случаяхъ столкновенія (при осуществленіи) двухъ правъ, не уничтожающихъ взаимно другъ друга, а способныхъ къ сосуществованію: напр., собственности и usus-fructus; онъ употреблялся въ двухъ видахъ: a) истецъ былъ обязанъ agere cum deductione, или b) онъ былъ обязанъ изъ нѣсколькихъ, годныхъ для осуществленія его требованія исковыхъ формулъ (напр., rei vindicatio и actio negatoria) выбрать такую, отрицаніе которой могло бы заключать въ себѣ утвержденіе права отвѣтчика.

II. Iudicium duplex — защита отвѣтчика самостоятельнымъ искомъ, направленнымъ противъ истца. Это средство имѣло мѣсто не только при столкновеніи однородныхъ правъ, но и при встрѣчѣ разнородныхъ (напр., manus и patria potestas; судебное рѣшеніе въ этомъ случаѣ могло не только отринуть право истца, но и признать, буде оно доказано, право отвѣтчика.

Оборотъ за предѣлами права.

§ 71. Гражданскимъ оборотомъ, акты котораго обладали юридическимъ значеніемъ, не ограничивался міръ сдѣлокъ. Существовалъ еще другой оборотъ, оставшійся за предѣлами права [175]). Полноправный римлянинъ безпрестанно входилъ въ дѣловыя сношенія съ многочисленнымъ кругомъ лицъ, которыя не были субъектами гражданскаго права и потому не могли вступать съ нимъ въ юридическія сдѣлки. На международныхъ рынкахъ, подъ сѣнію храмовъ (стр.52 сл.), онъ торговалъ съ перегринами, не разбирая, дарованъ-ли имъ какой-либо доступъ къ правовой жизни Рима. У себя дома онъ дѣлалъ подарки своей женѣ, давалъ пекулій своимъ дѣтямъ и рабамъ, продавалъ имъ и покупалъ у нихъ различные предметы, договаривался съ ними о различныхъ услугахъ, получалъ отъ рабовъ выкупъ, обязываясь за то отпустить ихъ на свободу. Гражданскій судъ не касался всѣхъ этихъ сдѣлокъ. Ихъ охраняло не право (ius), но нравы (mores); ихъ соблюденіе предписывалось не правомѣрностью iustitia), но честностью, вѣрностью разъ данному слову (fides); не приговоръ суда, но общественное мнѣніе, выраженное въ случаѣ спора совѣтомъ родственниковъ и друзей (consilium

[175]) *Voigt*, III §§ 36—45; IV, стр. 377—390.

cognatorum et amicorum) принуждало ослушника къ ихъ соблюденію. Во взаимныхъ отношеніяхъ полноправныхъ граждапъ тоже открывалось не малое поле для подобныхъ же, не юридическихъ соглашеній. Братья дѣлили между собою наслѣдство, отецъ просватывалъ свою дочь, кліенты дѣлали свои обычныя приношенія патрону (стр. 40), другъ принималъ на себя какое-либо порученіе, напримѣръ, обязанности душеприкащика (familiae emptor, стр. 53), добрые знакомые приносили другъ другу подарки, требуемые въ извѣстныхъ случаяхъ этикетомъ, сосѣдъ одолжался чѣмъ-либо сосѣду, и во всѣхъ этихъ случаяхъ сдѣлки не облекались въ юридическую форму. Добрыя сосѣдскія отношенія были особенно развиты у римлянъ, они были предметомъ ихъ славы еще въ VI столѣтіи и много вещей переходило изъ рукъ въ руки, много займовъ совершалось помимо манципаціи, цессіи или nexum.

Но, не входя въ область права, всѣ такія сдѣлки не отрѣшились отъ формализма, который не былъ изобрѣтеніемъ одной юриспруденціи, а имѣлъ корни въ общемъ міросозерцаніи римлянъ. И въ области нравовъ, такъ же какъ и въ области права сдѣлки совершались торжественно, отличаясь пластичностью формы. При ихъ совершеніи произносились опредѣленныя слова (fidem do, fide mea spondeo, per fidem meam и т. п), происходили опредѣленныя тѣлодвиженія (рукобитье, dextram dare), призывалось во свидѣтели божество (клятва, iusiurandum). Такая форма была обязательна въ силу обычая или нравовъ, точно такъ же какъ форма юридическихъ сдѣлокъ была обязательна въ силу постановленій права. Однако контроль нравовъ въ этомъ отношеніи былъ подвижнѣе, нежели контроль права. Форма манципаціи и цессіи оставалась еще во времена Гая такою же, какою она была въ эпоху изданія XII таблицъ; такая неподвижность не могла быть свойственна сдѣлкамъ, которыя, не состоя подъ вѣдѣніемъ суда, контролировались одни нравами. Ихъ форма находилась въ состояніи непрерывнаго видоизмѣненія, такъ что ни одна изъ ея историческихъ фазъ не могла окаменѣть и сохраниться подобно тому, какъ сохранилась форма древнѣйшихъ юридическихъ актовъ.

Traditio.

Простая передача вещи изъ рукъ въ руки или традиція (traditio) представляла собою сдѣлку, которая стояла на рубежѣ двухъ областей. Отчасти она обладала юридическимъ значеніемъ, въ качествѣ способа передачи вещей nec mancipi; въ другихъ случаяхъ она являлась исключительно бытовою сдѣлкой. Но въ обоихъ случаяхъ ея форма не содержала въ себѣ ничего юридически-обязательнаго. Конечно, въ древнее время эта форма не была такъ проста, какою она является въ болѣе поздній періодъ; она состояла изъ какихъ либо торжественныхъ актовъ, которые были, можетъ быть, подражаніемъ манципаціи. Однако, въ противоположность манципаціоннымъ актамъ, она не состояла подъ контролемъ суда и была предоставлена усмотрѣнію сторонъ подъ контролемъ обычая и потому видоизмѣнялась постепенно. Въ позднѣйшемъ правѣ различіе манципаціи и традиціи состояло не только въ томъ, что формальности первой были обязательно предписаны, выраженіе же второй предоставлено желанію частныхъ лицъ, но и въ томъ, что форма первой была гораздо грубѣе, конкретнѣе и сложнѣе, чѣмъ обыкновенная форма второй. Въ древнемъ правѣ только первое изъ этихъ различій имѣло мѣсто. Тогда традиція была сдѣлкою неформальною только въ томъ смыслѣ, что ея форма (какова бы она ни была) была юридически-необязательною.

VII.

Отношеніе права Квиритовъ къ перегринамъ [176]).

Начало политической исключительности.

§ 72. Во всѣхъ своихъ существенныхъ чертахъ римское квиритское право было сходно съ правомъ другихъ народовъ, которые стояли на той же ступени развитія, какъ Римляне эпохи господства XII таблицъ, и которые жили въ условіяхъ, подобныхъ условіямъ римской политической и юридической жизни этой эпохи. Сравнительно-историческое изслѣдованіе открываетъ въ этомъ случаѣ сходства не только въ основныхъ началахъ, но нерѣдко въ самыхъ подробностяхъ и потому было бы непростительною ошибкою признавать въ квиритскомъ правѣ какое-то исключительное достояніе римской исторіи. Въ историческомъ отношеніи учрежденія квиритскаго права были родственны учрежденіямъ, которыя существовали у другихъ народовъ. Однако, въ глазахъ самихъ Римлянъ, это отношеніе представлялось въ иномъ видѣ. Въ Римѣ сказанныя учрежденія были основаны на мѣстныхъ законахъ и защищались мѣстнымъ судомъ. Перегрины (иностранцы) у себя дома могли имѣть такіе же законы и подобный же судъ; но, приходя въ Римъ, они оказывались чужаками, которые исключались отъ всякаго участія въ римской политической и гражданской жизни.

---

176) *Voigt*, II; *Моммсенъ*, Римская исторія, I, стр. 181 сл.; *Walter*, I §§ 82 и 247; *Marquardt*, Das Privatleben der Römer, 1879, стр. 192—196; *Danz*, Die aucto ritas und die annalis exceptio italici contractus, 1876.

Начало политической исключительности опредѣляло составъ древнѣйшаго гражданскаго общества. Только полноправные члены государственнаго союза признавались субъектами гражданскихъ правъ; другими словами, достоинство субъекта совпадало съ политическимъ гражданствомъ. Иностранцы (равно какъ и лица, хотя входившія въ составъ населенія государства, но политически неправоспособные) не были субъектами гражданскихъ правъ.

Впрочемъ очень рано безусловное господство такого порядка было ограничено. Потребность въ международномъ обмѣнѣ имущественныхъ благъ вызвала международную торговлю и она подорвала гражданскую исключительность и замкнутость римской общины. На первыхъ порахъ международной торговли не существовало постояннаго и непрерывнаго обмѣна товаровъ; лишь временно и притомъ періодично сходились на ярмарки на нейтральной землѣ подъ сѣнію храмовъ и покровительствомъ божествъ (стр. 52 сл.). Мѣновыя сдѣлки совершались и осуществлялись заразъ, не оставляя послѣ себя слѣдовъ въ формѣ длящихся обязательствъ; продажа въ кредитъ не была извѣстна. Не существовало также гражданской власти, которая разрѣшала бы столкновенія торгующихъ. Отношенія регулировались обычаемъ, который развивался по мѣрѣ расширенія торговаго дѣла и обладалъ крѣпостью, какъ освященный религіей. Когда же дѣло доходило до большихъ столкновеній, то война служила естественнымъ средствомъ ихъ разрѣшенія.

Hospitium privatum.

§ 73. Путь къ постояннымъ торговымъ сношеніямъ на чужбинѣ открывался для иностранцевъ посредствомъ частнаго гостепріимства (hospitium privatum). По издавна сложившемуся, освященному религіей и строго соблюдаемому обычаю, иностранецъ, въ бытность свою въ чужомъ городѣ, принимался, въ качествѣ гостя, подъ покровительство кѣмъ-либо изъ мѣстныхъ гражданъ, который выступалъ его защитникомъ въ случаѣ нужды и судебнымъ порядкомъ. Всякая обида, причиненная гостю, считалась обидою его покровителю. Отношенія гостепріимства, основанныя двумя гражданами различныхъ государствъ, имѣли взаимный характеръ. Они устанавливались торжественнымъ способомъ (sponsio, рукобитіе), закрѣплялись

нерѣдко подарками и переходили по наслѣдству. Лица, состоявшія въ подобномъ дружескомъ союзѣ, обмѣнивались какими-либо его эмблемами (tessera, symbolum), по которымъ ихъ наслѣдники находили другъ друга. Связи гостепріимства уважались даже въ встрѣчахъ на войнѣ и налагали на побѣдителя обязанность освобожденія его гостя—друга, буде этотъ послѣдній попадался ему въ плѣнъ. Частное гостепріимство удержалось до конца римской республики въ отношеніяхъ Римлянъ къ провинціаламъ, измѣнивъ впрочемъ свой первоначальный характеръ. Тогда оно представляло болѣе выгодъ для провинціаловъ, нежели для Римлянъ. Равенство отношеній, характеризовавшее древнее гостепріимство, исчезло; нерѣдко цѣлый провинціальный городъ дорогою цѣною пріобрѣталъ себѣ покровительство какой-либо вліятельной римской фамиліи и самое отношеніе Римлянъ къ иностранцамъ уравнивалось въ этомъ случаѣ съ отношеніями патрона къ кліентамъ.

Періодъ квиритскаго права.

§ 74. Таковы были древнѣйшія формы общенія Рима съ иностранцами. Между тѣмъ въ немъ самомъ происходило развитіе древнѣйшаго гражданскаго права. Общинно-родовое владѣніе имуществомъ распадалось, уступая мѣсто частному обладанію; предметы этого послѣдняго переходили постепенно въ возникшій и разроставшійся гражданскій оборотъ, т.-е. становились предметами внутренняго торга и обмѣна; мѣна, купля-продажа (манципація) и заемъ стали обычными сдѣлками гражданской жизни. Подъ вліяніемъ гражданскаго оборота въ правѣ подавлялось дѣйствіе частной мести за нарушенія правъ; возникло понятіе правонарушенія въ противоположность преступленію (деликту). Государственная власть входила все болѣе и болѣе въ гражданское правосудіе, ограничивала и уничтожала самоуправство. Вырабатывались прочныя и торжественныя формы договоровъ и судопроизводства. Въ XII таблицахъ этотъ порядокъ, составлявшій пеструю смѣсь стараго и новаго, отживающаго и зарождающагося, представлявшій во всемъ своемъ цѣломъ переходное образованіе, нашелъ впервые свое законодательное выраженіе. Къ законодательству XII таблицъ примкнула дальнѣйшая дѣятельность правосудія и юриспруденціи, уже обособившейся въ своихъ представителяхъ. Къ институ-

тамъ, узаконеннымъ въ XII таблицахъ, жизнь и юриспруденція прибавили рядъ другихъ, развивая вмѣстѣ съ тѣмъ старые. Сообразно съ духомъ времени все право отличалось національною исключительностью. Это было право Квиритовъ (ius Quiritium), національное римское право, доступное однимъ римскимъ гражданамъ (откуда названіе ius civile); но чѣмъ дальше шло его развитіе, тѣмъ неудобнѣе становилось такое его свойство.

Гражданское право создавалось гражданскимъ оборотомъ, внутренній же оборотъ питался международнымъ оборотомъ. Разроставшееся общество сознало необходимость расширенія этого послѣдняго. Вліяніе начала политической исключительности на устройство гражданскаго общества должно было потерпѣть существенное ограниченіе. Возникли договоры (foedera), по которымъ независимые города (государства) взаимно предоставляли въ своихъ предѣлахъ, каждый для гражданъ другаго города, нѣкоторую правоспособность. Именно, граждане договорившихся городовъ, находясь въ чужомъ городѣ, пріобрѣтали юридическую возможность совершенія гражданскихъ сдѣлокъ по мѣстному праву и непосредственной защиты ихъ предъ мѣстнымъ судомъ. Такимъ образомъ гражданинъ каждаго изъ договорившихся городовъ, въ бытность свою въ другомъ, также договорившемся городѣ, входилъ въ составъ мѣстнаго гражданскаго общества, въ качествѣ члена его,— впрочемъ, по большей части, не совсѣмъ полноправнаго. Если повѣрить преданіямъ, то съ нѣкоторою вѣроятностью слѣдуетъ допустить, что уже въ эпоху основанія Рима латинскіе города состояли между собою въ подобномъ союзѣ. Во всякомъ случаѣ въ первые вѣка римской республики подобный союзъ долженъ былъ существовать между ними и Римомъ, потому что уже въ 416 г. часть Латинянъ, а въ 664 г. всѣ они, вмѣстѣ съ Этрусками и многими другими союзниками, получили римское гражданство. Жители латинскихъ колоній, выселенные въ промежутокъ времени 261—485 г. изъ городовъ Латинскаго союза и въ политическомъ отношеніи поставленные независимо (liberae civitates), должны были сохранить съ метрополіей свои прежнія гражданскія отношенія. Римское гражданство этимъ

Договоры.

колоніямъ было даровано также въ 664 г. Постепенно Римъ долженъ былъ войти въ гражданское общеніе со всѣми народами Италіи и даже внѣ Италіи, но для того, чтобы прослѣдить подробно этотъ послѣдовательный ростъ римскаго гражданскаго общества, недостаетъ точныхъ историческихъ данныхъ. Возможно констатировать лишь нѣкоторые факты. Такъ, напримѣръ, изъ того обстоятельства, что законы XII таблицъ предписывали продавать неоплатныхъ должниковъ въ рабство за Тибръ (гдѣ жили Этрусски), заключаютъ, что во время изданія этихъ законовъ гражданское общеніе не распространялось еще на Этруссковъ; при существованіи гражданскаго общенія такая продажа почиталась бы несовмѣстною съ близкими отношеніями народовъ, состоящихъ въ общеніи. Далѣе сохранилось вообще достаточное количество указаній на существованіе такой формы общенія Рима съ другими городами, которою санкціонировались международные браки. Но, въ глазахъ Римлянъ, такое общеніе (connubium) занимало относительно высшее положеніе, нежели общеніе, установленное съ цѣлями имущественнаго обмѣна (commercium); обыкновенно connubium предполагало уже существованіе commercium. Слѣдовательно, всюду, гдѣ мы слышимъ о допущеніи международныхъ браковъ, надо предполагать существованіе гражданскаго общенія съ цѣлями имущественнаго обмѣна. Вообще вѣроятно, что commercium, равно какъ и право защиты предъ мѣстнымъ судомъ (recuperatio), входили въ составъ обыкновеннаго содержанія договоровъ Римлянъ, какъ съ италійскими городами, такъ и съ государствами внѣ Италіи до времени первой пунической войны. Послѣ этого времени отношенія Рима къ внѣ италійскому населенію стало опредѣляться новымъ путемъ.

§ 75. Древнѣйшіе договоры выражались языкомъ конкретнымъ и неопредѣленнымъ, напримѣръ: pecuniam, quis nancitor, habeto; si quid pignoris nancitor, sibi habeto; si quae pecuniae debentur, earum exactum esto. Съ теченіемъ времени выработались общіе термины: commercium, actio или recuperatio и ихъ смыслъ съ опредѣленностью былъ установленъ юристами. Въ первоначальномъ своемъ значеніи commercium обозначало юридическую способность лица къ совершенію (въ качествѣ главнаго

Commercium.

участника или торжественнаго свидѣтеля и т. п.) гражданскихъ сдѣлокъ, направленныхъ къ пріобрѣтенію или отчужденію имущественныхъ объектовъ, насколько доступъ къ сдѣлкамъ этого рода не былъ обусловленъ еще политическимъ или семейнымъ положеніемъ. Commercium обнимало всѣ сдѣлки посредствомъ мѣди и вѣсовъ (per aes et libram) и пріобрѣтеніе по давности. По старинному опредѣленію, подъ commercium разумѣлось право купли и продажи (emendi vendendique invicem ius). Договоры въ формѣ вопроса и отвѣта (stipulatio и acceptilatio) и литтеральный контрактъ (съ expensilatio) вошли потомъ въ тотъ же кругъ сдѣлокъ, такъ что подъ commercium стали разумѣть вообще способность къ совершенію гражданскихъ сдѣлокъ, насколько она не была обусловлена положеніемъ политическимъ и семейнымъ. Отъ политической принадлежности къ римскому государству зависѣло право на совершеніе завѣщанія предъ народнымъ собраніемъ (testamentum comitiis calatis) или передъ войскомъ (t. in procinctu) и отпущеніе раба на волю посредствомъ заявленія при цензѣ (manumissio censu); отъ принадлежности къ римскому семейному строю зависѣло, очевидно, наслѣдованіе по закону.—На иностранцевъ commercium распространялось въ полномъ своемъ объемѣ, впрочемъ съ однимъ, весьма важнымъ, ограниченіемъ: для нихъ былъ закрытъ доступъ къ обладанію землею, входившею въ составъ территоріи римскаго государства (fundus Italicus). Къ этому именно предмету относится, можетъ быть, извѣстное постановленіе законовъ XII таблицъ: adversus hostem aeterna auctoritas. Подъ auctoritas вообще разумѣлась отвѣтственность продавца предъ покупщикомъ въ томъ, что на проданную вещь никто другой не имѣетъ права, и, слѣдовательно, не отниметъ ея у продавца. Смыслъ этого постановленія состоитъ, можетъ быть, въ томъ, что кто отчудилъ землю иностранцу, тотъ вѣчно отвѣтственъ предъ нимъ въ случаѣ, если другое лицо по праву отберетъ означенную землю отъ иностранца, такъ какъ послѣдній не можетъ укрѣпить за собою пріобрѣтенное никакою давностью. За симъ ограниченіемъ, иностранцу, получившему commercium въ Римѣ, былъ открытъ тамъ полный просторъ пріобрѣтать собственность, личные

сервитуты, кабальныхъ, занимать и вообще договариваться въ принятыхъ формахъ, завѣщать и получать по завѣщанію. Для защиты его правовыхъ отношеній рядомъ съ commercium устанавливалась recuperatio. Это былъ особый видъ судопроизводства, отличный отъ того, которымъ судились сами Римляне. О существованіи такого судопроизводства мы знаемъ навѣрное, о содержаніи же его возможно судить лишь съ помощью догадокъ. Вотъ, можетъ быть, какой видъ имѣлъ рекуператорный процессъ (Фойгтъ): предъ свидѣтелями истецъ предъявлялъ свое притязаніе отвѣтчику и въ торжественныхъ словахъ назначалъ день явки обѣихъ сторонъ къ магистрату (condictus dies). Отвѣтчикъ, который пренебрегъ этимъ приглашеніемъ, принуждался преторомъ выставить поручителей (vadimonium) въ своей исправной явкѣ и дать въ томъ же обезпеченіе истцу (satisdatio). По явкѣ обѣихъ сторонъ къ претору, онѣ выражали свои притязанія, конечно, въ торжественной формѣ. Потомъ, сейчасъ или на третій день (comperendinatio) назначались судьи (recuperatores) для разбирательства дѣла, вѣроятно, въ числѣ трехъ. — Въ позднѣйшее время иностранцы стали получать actio. Подъ actio разумѣлась юридическая способность къ пріобрѣтенію исковаго права, совершенію процессуальныхъ актовъ, а также той цѣлой системы сдѣлокъ, которая исторически выработалась изъ гражданскаго судопроизводства (in iure cessio и друг.). Нѣкоторые процессуальные акты обусловливались политическимъ положеніемъ лица, которое совершало ихъ (a. populares, interdicta popularia, operis novi in causa publica nuntiatio), а потому не подходили подъ понятіе actio. Иностранецъ допускался къ совершенію римскихъ процессуальныхъ актовъ посредствомъ фикціи: ac si civis romanus esset.

Recuperatio.

Actio.

§ 76. Такимъ образомъ въ формѣ взаимнаго обмѣна Римлянъ съ иностранцами правами commercium, recuperatio, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и actio, иностранцы принимались въ той или иной мѣрѣ въ составъ римскаго гражданскаго общества и въ той же мѣрѣ нарушалось относительно устройства этого общества начало политической исключительности. Но международные договоры, которые вели къ этому, Римъ заключалъ со свободными народами, состоявшими на положеніи

Dedititii.

союзниковъ. Со многими другими народами онъ состоялъ въ иныхъ отношеніяхъ: они занимали относительно него подчиненное положеніе (dedititii). Пріобщеніе ихъ къ общей гражданской жизни было особенно необходимо и неизбѣжно въ виду тѣсной политической и хозяйственной связи ихъ съ Римомъ. Потому и они были приняты въ составъ римскаго гражданскаго общества. Это совершалось въ формѣ дарованія покореннымъ права, которое извѣстно подъ двойнымъ именемъ ius nexi mancipiique. Въ общихъ чертахъ оно обнимало commercium и recuperatio вмѣстѣ и подобно этимъ двумъ правамъ измѣняло свой историческій составъ. Въ двухъ отношеніяхъ правоспособность покоренныхъ отличалась отъ правоспособности союзниковъ; вопервыхъ, покоренные допускались обыкновенно къ пріобрѣтенію италійской земли, что́ было недостижимо для союзниковъ; вовторыхъ, правоспособность покоренныхъ была основана не на международномъ договорѣ, но на пожалованіи. Это, слѣдовательно, не былъ взаимный обмѣнъ ихъ правами съ Римомъ. Ius nexi mancipiique имѣло приложеніе не только въ отношеніяхъ дедитиція съ римляниномъ на римской территоріи, но и на почвѣ самихъ дедитиціевъ даже въ ихъ собственныхъ, внутреннихъ отношеніяхъ. Конечно, въ этомъ послѣднемъ случаѣ оно пріобрѣтало національный оттѣнокъ и восполнялось мѣстными постановленіями.

VIII.

Понтификальная юриспруденція.

(IV стол. и 1-я полов. V стол.).

Историческое развитіе права Квиритовъ.

§ 77. Не менѣе трехъ вѣковъ (IV, V, VI a. u. c.) просуществовало квиритское право, прежде чѣмъ подверглось коренному переустройству. Но и эти три вѣка не прошли для него безслѣдно. Въ немъ совершалось въ это время поступательное движеніе. По мѣрѣ того, какъ старое названіе: «квиритское» право (ius Quiritium) выходило изъ употребленія и замѣнялось другимъ, болѣе отвлеченнымъ названіемъ: «цивильное» право (ius civile), падали учрежденія древнѣйшаго періода, еще имѣвшія силу въ законахъ XII таблицъ, и расширялась область учрежденій болѣе новаго происхожденія. Государственная власть увеличивала свой авторитетъ на счетъ авторитета родовыхъ властей; начало уголовнаго возмездія смягчалось; отчужденія освобождались изъ подъ прежняго контроля; формализмъ ослабѣвалъ; гражданскій оборотъ расширялся и оживлялся и въ связи съ тѣмъ умножались договорныя и судопроизводственныя формы.—Двѣ силы руководили этимъ движеніемъ: юриспруденція и законодательство. Главная роль принадлежала юриспруденціи. Воздѣйствіе законодателя на развитіе гражданскаго права ограничивалось относительно неширокою областью. Разнообразныя отношенія по договору займа: проценты, ростовщичество, кабала, поручительство интересовали законодателя, потому что эти отношенія составляли одно изъ оснований соціальной борьбы, проходящей красною нитью чрезъ республиканскую исторію Рима. Появленіе новыхъ договоровъ и паденіе наклонности къ формализму привели къ новымъ

формамъ судопроизводства и такое нововведеніе не могло быть совершено иначе, какъ законами, такъ какъ оно слишкомъ явно затрогивало постановленія XII таблицъ. По временамъ требовались рѣшительныя измѣненія въ другихъ частяхъ законодательства децемвировъ и они точно такъ же достигались законодательнымъ путемъ. Такъ возникли новыя постановленія о вознагражденіи за вредъ, нанесенный чужому имуществу (l. Aquilia). Перечисленнымъ исчерпываются законодательныя преобразованія IV, V и начала VI столѣтій. Такимъ образомъ посредствомъ законодательныхъ актовъ совершались, вопервыхъ, измѣненія въ кругу тѣхъ отношеній, на которыхъ отражалась непосредственно внутренняя, соціальная борьба, и, вовторыхъ, измѣненія, которыя слишкомъ явно затрогивали постановленія XII таблицъ (судопроизводство, l. Aquilia)[177]. Все остальное движеніе направлялось въ квиритскомъ правѣ собственными силами юриспруденціи, путемъ казуальнаго творчества ея въ судебныхъ рѣшеніяхъ.

Понтифы какъ юристы.

§ 78. Уже рано умственная работа, созидающая право, сосредоточилась въ кругу особаго класса людей и приняла форму организованной дѣятельности. Появились юристы и образовалась юриспруденція. Древнѣйшими юристами Рима были его понтифы. Носители всякаго знанія своего народа и времени, они представляли также знаніе юридическое. Они были знатоками судебной практики, исковыхъ и договорныхъ формулъ. Магистраты и частныя лица дорожили ихъ совѣтами; они, по преимуществу предъ другими лицами, выбирались въ судьи въ наиболѣе затруднительныхъ случаяхъ. Обязательная судебная компетенція понтифовъ не обнимала впрочемъ всего гражданскаго правосудія. Въ ихъ завѣдываніи состояло, и послѣ

177) Вотъ списокъ законовъ сказаннаго времени: о процентахъ и ростовщичествѣ: l. Licinia (388 г.), l. Duilia Maenia (399?), l. Marcia (402?), неизвѣстнаго имени (409), l. Genucia (411); относительно судопроизводства per manus iniectionem: l. Publilia, l. Furia de sponsu, l. Marcia (402?), l. Poetelia (428? 441?); относительно судопроизводства per condictionem: l. Silia (510?) и l. Calpurnia (513?); о вознагражденіи за вредъ, причиненный чужому имуществу: l. Aquilia (467?).

изданія XII таблицъ, сакраментальное судопроизводство (l. a. sacramenti), хотя и нельзя сказать съ точностью, какъ далеко простиралась въ этомъ случаѣ область вѣдѣнія понтифовъ. Судопроизводство посредствомъ наложенія руки (l. a. per manus iniectionem), которое первоначально происходило безъ всякаго участія какой-либо общественной власти, вѣдалось теперь консуломъ, а съ 388 г. стало вѣдаться преторомъ. Понтифы не касались также формы посредническаго разбирательства (l. a. per iudicis postulationem). Въ сакраментальномъ судопроизводствѣ, которое, въ качествѣ общей формы, обнимало большое количество споровъ, вліяніе понтифовъ на право высказывалось непосредственно; въ спорахъ, которые разбирались въ другихъ формахъ, доступъ ихъ вліянію не могъ быть закрытъ совершенно.

Юриспруденція понтифовъ была юриспруденція практическая. Ихъ время не знало еще раздѣленія умственной работы на практику и теорію. Понтифы писали книги, но эти книги заключали въ себѣ не что иное, какъ записи тѣхъ рѣшеній и совѣтовъ, которые они давали по поводу отдѣльныхъ случаевъ, представлявшихся на ихъ разсмотрѣніе. Однако и въ этомъ кропотливомъ трудѣ крылись зачатки теоріи права. Понтифы установили твердую терминологію, выяснили различія, положили первое основаніе классификаціи права. Такъ, имъ должно было принадлежать капитальное раздѣленіе исковъ на вещныя (a. in rem) и личныя (a. in personam). Вещный искъ направленъ на вещь и предъявляется къ тому лицу, у кого эта вещь въ данный моментъ находится; личность отвѣтчика, стало быть, не указана здѣсь заранѣе. Напротивъ личный искъ направленъ противъ извѣстнаго лица, опредѣленнаго заранѣе. Этому раздѣленію соотвѣтствовало въ квиритскомъ правѣ раздѣленіе сдѣлокъ и правъ на mancipium и nexum. Mancipium—вещныя сдѣлки и вещныя права (собственность, сервитуты и др.); они защищаются вещными исками. Nexum—личныя (обязательственныя) сдѣлки и личныя права; они защищаются личными исками. У позднѣйшей юриспруденціи сказанное раздѣленіе играетъ первенствующую роль.— Особыя старанія понтифовъ были направлены къ выясненію

тонкихъ различій въ правѣ. Это то, что было названо методомъ діалектическаго расчлененія (Ірингъ). Отдѣльныя права тонко отличались одно отъ другаго; соотвѣтственно этому отличались и раздѣлялись сдѣлки и иски. Раздѣленіе было столько же практическое, сколько и теоретическое. Одною сдѣлкою нельзя было установить двухъ правъ; въ одномъ и томъ же процессѣ нельзя было подымать спора о двухъ правахъ. Юристъ не зналъ еще теоріи, отдѣльной отъ практики. Позднѣйшая юриспруденція была способна, замѣчая въ одной формѣ соединеніе нѣсколькихъ юридическихъ актовъ, въ то же время оставлять такую форму неприкосновенною на практикѣ; древній юристъ, раздѣляя акты, исполнялъ это одновременно какъ въ идеѣ, такъ и на практикѣ.

Различеніе есть основная функція ума и ея усовершенствованіе предполагается умственнымъ развитіемъ. Понтифы очистили путь своимъ преемникамъ—позднѣйшимъ юристамъ, которые оперлись непосредственно на результаты ихъ трудовъ. Понтификальная юриспруденція положила основаніе тому анализу, который прославилъ потомъ римскихъ юристовъ. Но у самихъ понтифовъ въ этомъ отношеніи естественный ходъ умственнаго развитія былъ осложненъ наступленіемъ того особаго состоянія, въ которое нерѣдко вступаетъ мысль, не пріобрѣтшая еще полной самостоятельности и широты взгляда. Когда обстоятельства не ведутъ къ быстрому освѣженію знанія, то несовершенное знаніе объективируется, т. е. на него начинаютъ смотрѣть, какъ на нѣчто, что существуетъ само по себѣ, безъ отношенія къ самому предмету его. Не самый предметъ, а слова, выражающія знаніе, признаются его источникомъ. Культъ слова выступаетъ на первый планъ. Реальное изслѣдованіе замѣняется діалектикой, различеніе предметное «діалектическимъ расчлененіемъ». Такое состояніе переживала не разъ древняя и новая философія, такимъ состояніемъ заканчивали обыкновенно религіи, его не избѣгла юриспруденція многихъ странъ, его пережила и римская юриспруденція. Понтификальная юриспруденція прошла это состояніе; повидимому она закончила имъ свое исключительное господство въ правѣ. Здѣсь возникла та тонкая, детальная разработка формализма

(стр. 165), которая ни въ какомъ случаѣ не могла быть произведеніемъ народныхъ взглядовъ, но изобличаетъ дѣятельность особенно искуснаго творца. Формализмъ квиритскаго права соотвѣтствовалъ умственному и нравственному настроенію всего римскаго общества. Онъ былъ вызванъ этимъ настроеніемъ, но свою окончательную разработку онъ получилъ отъ понтифовъ. Не они создали особое значеніе слова; это лежало въ свойствахъ неразвитаго ума. Но они разработали культъ слова до его крайнихъ предѣловъ. Слова формулъ и слова закона служили предметомъ изслѣдованія понтифовъ; за словами же крылась дѣйствительная жизнь. Разработкой словъ опредѣлялось, стало быть, движеніе самой жизни.

Въ этомъ «методѣ діалектическаго расчлененія», равно какъ въ нѣкоторыхъ другихъ сторонахъ древней римской юриспруденціи, усматриваютъ даже лучшее доказательство того, что она, дѣйствительно, была дѣломъ понтифовъ. «Этотъ методъ составляетъ характеристическую черту древняго права, а между тѣмъ мы находимъ полное повтореніе его въ религіозномъ ученіи древнихъ Римлянъ. Приписывать народу такое ученіе совершенно невозможно. Въ такомъ видѣ не высказываются народныя вѣрованія; но мы находимъ подобіе той же діалектики въ сочиненіяхъ, напримѣръ, талмудистовъ, т. е. въ сочиненіяхъ духовныхъ юристовъ» (Ierингъ). По поводу этихъ словъ надо замѣтить, что всякія сходства въ пріемахъ разработки права и религіи, сами по себѣ, доказываютъ только то, что обѣ эти умственныя области пережили одно и то же состояніе,—то состояніе, которое составляетъ почти необходимую стадію на пути развитія всякой умственной дѣятельности. Господство же понтифовъ въ правѣ удостовѣряется удовлетворительно другими данными. Въ немъ убѣждаютъ свидѣтельство источниковъ, каково свидѣтельство Помпонія [178]), сакраментальная форма судопроизводства и историческія аналогіи (стр. 77). Кромѣ того относительно древнѣйшаго времени естественно допустить, что умственныя силы не были тогда настолько богаты представителями, чтобы каждый родъ

[178]) *Dig.* 1. 2 fr. 2 § 6.

умственной дѣятельности, религія и право, могъ выставить свои особые органы.

Таинственность юридическаго знанія.

§ 79. Уже по самой природѣ своей юридическое знаніе съ самаго начала не было вполнѣ доступно простому смертному; немудрено, что при вышеописанномъ настроеніи и направленіи юриспруденціи оно сдѣлалось для него окончательно недоступно. Преданіе повѣствуетъ, что понтифы скрыли право отъ народа и въ концѣ концовъ навлекли на себя его справедливое негодованіе. Календарь и формулы были исключительнымъ достояніемъ понтифовъ; только они знали съ точностью, по какимъ днямъ происходитъ судъ и какую именно формулу слѣдуетъ употребить въ каждомъ данномъ случаѣ. Обладаніе формулами было обладаніемъ всѣмъ правомъ. У народа не было ясныхъ правовыхъ идей, помимо тѣхъ, которыя были формулированы понтифами, идеи же этихъ послѣднихъ выражались въ формулахъ; формулы были воплощеніемъ идей; кто не зналъ формулъ, тотъ вообще не имѣлъ яснаго знанія права. Еще мало было знать законъ, выставленный торжественно на площади; надо было знать тотъ аппаратъ, которымъ этотъ законъ прилагался къ жизни.—Конечно, понтифы не стремились къ своему положенію умышленно; ихъ привелъ къ тому самый ходъ ихъ развитія. Но напослѣдокъ они, можетъ быть, были не прочь въ видахъ политическихъ воспользоваться своимъ исключительнымъ положеніемъ.

Впрочемъ — и это обстоятельство заслуживаетъ особаго вниманія—преданіе гласитъ только о томъ, что народъ былъ недоволенъ таинственностью, съ которою хранили календарь и формулы. Мы не слышимъ, чтобы недовольство распространялось на самый фактъ сосредоточенія юридическаго знанія въ кругу особаго сословія. Издревле Римлянинъ смотрѣлъ на знаніе права, какъ на искусство, доступное лишь мудрѣйшимъ. Мы не слышимъ также прямыхъ указаній на злоупотребленія, которыя понтифы позволили бы себѣ, воспользовавшись своимъ исключительнымъ положеніемъ. Замѣчательная черта понтификальной юриспруденціи состояла напротивъ въ томъ, что несмотря на все свое буквоѣдство и формализмъ, она далеко не была чужда прогрессивному движенію. Въ продолженіи IV

и V столѣтій она всетаки осталась главною силою, которая руководила преобразованіемъ квиритскаго права. Понтифъ умѣлъ прислушиваться къ голосу гражданской жизни и вводилъ въ право нужныя измѣненія. Какъ до изданія законовъ XII таблицъ, такъ и послѣ ихъ изданія, судебное рѣшеніе имѣло творческое значеніе; оно преобразовывало самый законъ—путемъ судебнаго толкованія. Буква закона оставалась безъ измѣненія, но въ нее влагался новый смыслъ, сообразный новымъ требованіямъ жизни. Такого рода дѣятельность называлась интерпретацiей (interpretatio). Interpres, толкователь, служилъ посредникомъ между закономъ и жизнью; онъ примирялъ ихъ противорѣчія. Оставляя XII таблицъ въ качествѣ неприкосновеннаго формальнаго основанія всего права, интерпретація создала на этомъ основаніи обширную систему постановленій, въ которыхъ законодательство децемвировъ дополнялось, развивалось, измѣнялось. Въ XII таблицахъ видѣли не только неизмѣнное, но и единственное основаніе интерпретаціи. Не только нововведенія, измѣнявшія въ чемъ-либо XII таблицъ, но также нововведенія, которыя не имѣли прямаго отношенія къ нимъ, появлялись не иначе, какъ въ формѣ интерпретаціи. На нововведенія въ открытой формѣ осмѣливался одинъ законодатель, т.-е. народъ. Судебная интерпретація соблюдала текстъ XII таблицъ, какъ святыню, и всю свою работу подводила подъ этотъ текстъ. Такъ сохранялось великое значеніе законодательства децемвировъ, — то значеніе, которое еще позднѣйшіе римскіе писатели характеризовали яркими чертами. Ливій называетъ XII таблицъ источникомъ всего права, публичнаго и частнаго; по словамъ Помпонія, цивильное право произошло изъ XII таблицъ. «Пусть всѣ будутъ противъ меня, но я скажу, что̀ я думаю», говоритъ Цицеронъ [179]; «библіотеки всѣхъ философовъ уступятъ, въ отношеніи авторитета и полезности, небольшой книжкѣ, въ которой содержатся постановленія XII таблицъ, — если оцѣнить ихъ какъ источникъ и основаніе законовъ».

Консерватизмъ юриспруденціи.

§ 80. Только-что сказанное нами о характерѣ работы понтифовъ открываетъ замѣчательную черту древне-римской юрис-

179) De oratore, 1, 44, 195.

пруденціи,—ея консерватизмъ. Это былъ консерватизмъ идей, но не консерватизмъ практики. На практикѣ юристы не держались безусловно за порядокъ, однажды принятый; они расширяли и видоизмѣняли, сообразуясь съ нуждами жизни, кругъ юридической защиты. Но они дѣлали это, не прикасаясь къ словамъ закона, не нарушая старыхъ исковыхъ формулъ, не посягая на юридическія идеи, которыя были уже приняты. Такимъ образомъ консерватизмъ юриспруденціи заключался въ наклонности сохранять по возможности долго, вопреки очевидному ходу правосудія, разъ установившіяся ассоціаціи юридическихъ идей. Юридическія нормы переживали время своей практической годности, въ формѣ нормъ мертвыхъ, вышедшихъ изъ употребленія. Но эта мертвенность не признавалась оффиціально и старыми юридическими нормами пользовались для того, чтобы покрыть нововведенія, которыя допускались въ практическомъ порядкѣ вещей. Не надо представлять этотъ процессъ особенно произвольнымъ. Слѣдуя ему, юристъ вводилъ въ заблужденіе прежде всего самаго себя. Его собственное сознаніе отставало отъ явленій правовой жизни и онъ самъ не отдавалъ себѣ вполнѣ яснаго отчета о томъ противорѣчіи, которое на самомъ дѣлѣ существовало между его идеями и судебной практикой. Какъ вѣрный послѣдователь церкви думаетъ найти разрѣшеніе всѣхъ интересующихъ его вопросовъ въ священномъ писаніи, такъ и юристъ думалъ, что онъ найдетъ въ XII таблицахъ отвѣты на всѣ вопросы юридической жизни.

Истинное значеніе консерватизма юриспруденціи раскроется всего лучше, если мы попытаемся открыть его генезисъ, его отношеніе къ другимъ, родственнымъ ему, явленіямъ. Конкретность (грубость) и неподвижность первоначальной мысли, слабо еще отличавшей общее отъ частнаго, служила источникомъ всѣхъ этихъ явленій. Образованіе понятій не легко давалось неразвитому уму; добывъ понятія, сколько-нибудь отвлеченныя, онъ особенно дорожилъ ими. Самая словесная формула, выражавшая то или другое понятіе, получала, въ глазахъ первоначальнаго мыслителя, объективное значеніе и трактовалась какъ нѣчто, стоящее внѣ его воли и не подлежащее

измѣненію. Такимъ образомъ первоначальная мысль пришла къ объективизму, т. е. къ такому взгляду на внѣшнія выраженія мысли, въ особенности на слово (а вслѣдъ за симъ и на весь сложившійся правовой порядокъ), по которому они представлялись чѣмъ-то самостоятельнымъ, независимо отъ людей существующимъ. Изъ объективизма произошелъ формализмъ или такой порядокъ оцѣнки юридическихъ актовъ, въ которомъ приписывалось особое значеніе ихъ формѣ. Первоначальный слой формализма образовался, какъ непосредственный результатъ конкретной мысли и объективизма и подобное образованіе формализма, во многихъ случаяхъ, происходило и позднѣе. Это—первичный формализмъ. Однажды появившись, онъ сталъ предметомъ консерватизма. Существованіе этого послѣдняго обусловливалось тѣми же, вышеуказанными свойствами юридической мысли и тѣмъ же объективизмомъ. Понятіе и слово, его выражавшее, связывалось неразрывно съ тѣмъ закономъ, юридическимъ актомъ или отношеніемъ, на которомъ они выработались и такая ассоціація казалась юристу неприкосновенною. Къ этимъ основнымъ причинамъ консерватизма съ теченіемъ времени присоединилось еще дѣйствіе особыхъ заблужденій, которыя, будучи сами порожденіемъ консерватизма, сыграли потомъ въ его исторіи роль вторичной причины. Такъ именно дѣйствовало особое уваженіе, которое питали къ закону XII таблицъ. Все въ этомъ законѣ казалось неприкосновеннымъ для юриста и претора и открытое движеніе впередъ могло совершаться только по волѣ народа, который одинъ обладалъ законодательною властью. Двѣ стороны заключались въ проявленіяхъ консерватизма. Вопервыхъ, онъ дѣйствовалъ положительно, сохраняя сложившіяся ассоціаціи понятій; вовторыхъ, онъ дѣйствовалъ отрицательно, отказывая новымъ понятіямъ въ подобающемъ имъ мѣстѣ въ юридической системѣ. Таковъ первый моментъ въ движеніи консервативной мысли. Онъ приводитъ ее къ столкновенію съ требованіями практики и это вызываетъ второй моментъ консерватизма. Онъ состоялъ въ исканіи и изобрѣтеніи юриспруденціею средствъ для примиренія своего съ гражданскою жизнью. Эти средства составили вторичный слой

формализма,—формализмъ, вызванный стремленіемъ сохранить первоначальныя образованія.

Въ изложенномъ генезисѣ не всѣ явленія были безусловно связаны одно съ другимъ. Не каждое проявленіе формализма подвергалось непремѣнно воздѣйствію консерватизма; съ другой стороны, первый моментъ консерватизма не всегда влекъ за собою второй моментъ его. Когда бывало это послѣднее, тогда мысль юриста оставалась непримиренною съ гражданскою жизнью. Такъ, мы видѣли, что торжественная цессія вещи (in iure cessio), до конца своего существованія подвергалась тѣмъ ограниченіямъ, которыя противорѣчили практическому назначенію ея и существовали только благодаря происхожденію цессіи изъ процессуальнаго акта—виндикаціи (стр. 150); манципація до конца своего существованія не примѣнялась къ передачѣ вещей nec mancipi.

Впрочемъ, за немногими исключеніями, первый моментъ консервативной мысли всегда велъ ко второму моменту ея, такъ что юриспруденція мирила свой консерватизмъ съ жизнью.

Аналогія.

§ 81. До конца VII столѣтія юриспруденціи былъ извѣстенъ въ этой области только одинъ пріемъ. Онъ состоялъ въ томъ, что единство юридической системы сохранялось и новыя понятія искусственно подводились подъ старыя. Это—аналогія, пріемъ, извѣстный и современной намъ юриспруденціи. Но въ наше время значеніе аналогіи связано тѣсно съ раздѣленіемъ законодательной и судебной властей и съ тою зависимостью, въ которой находится послѣдняя отъ первой. Аналогія составляетъ одно изъ важныхъ орудій въ рукахъ судебной власти, давая ей нѣкоторую возможность поддерживать юридическія нормы въ согласіи съ жизнью въ тѣхъ случаяхъ, когда направленная къ этой цѣли дѣятельность законодательства не имѣетъ мѣста; однако судъ прибѣгаетъ къ аналогіи не столько потому, что онъ не желаетъ пользоваться другими, болѣе прямыми средствами, сколько потому, что онъ не долженъ дѣлать этого, такъ какъ эти послѣднія предоставлены въ исключительное распоряженіе законодательной власти. Иное значеніе имѣла аналогія у римскихъ юристовъ. Отдѣленіе судебной власти отъ законодательной и самостоятельная орга-

низація каждой изъ нихъ представляютъ явленія новаго цивилизованнаго міра и только на нашихъ глазахъ получаютъ возможно-полное осуществленіе. Древнему міру принципъ раздѣленія властей не былъ извѣстенъ и долгое время судебное рѣшеніе представляло собою актъ непосредственнаго формулированія правовыхъ нормъ: дѣятельность законодательная сливалась съ судебною. Появленіе самостоятельныхъ законовъ, изданныхъ народомъ, нисколько не уменьшило de facto власти судебныхъ органовъ хозяйничать въ области объективнаго права. Несмотря на прорывавшіеся по временамъ спеціально-законодательные акты, въ Римѣ главное участіе въ формулированіи гражданскаго права выпало все-таки на долю представителя судебной власти—претора и окружавшихъ его юристовъ, и если въ сравнительно позднѣйшій періодъ дѣятельности претора формула и эдиктъ выражали во внѣ различіе двухъ функцій преторской дѣятельности, — непосредственная внутренняя связь, существовавшая между ними, почти совершенно не прерывалась. Такимъ образомъ судъ и формулированіе права сначала сливались, а потомъ шли рука объ руку. Вслѣдствіе этого юридическое мышленіе не знало такой сферы, гдѣ оно было бы принуждено не пользоваться полною свободою и находилось бы въ зависимости отъ высшаго внѣшняго авторитета. Казалось бы, что поэтому и примѣненіе аналогіи въ древнее время должно было имѣть за себя менѣе мотивовъ, чѣмъ въ настоящее. Однако исторія показываетъ намъ совершенно противное: умозаключеніе по аналогіи представляло любимѣйшее средство римской юриспруденціи, и въ пользованіи имъ она выходила далеко за границы, соблюдаемыя въ этомъ отношеніи юриспруденціею современною. Служа той же цѣли, какъ и въ настоящее время,—расширенію области примѣненія существующихъ правовыхъ нормъ, аналогія въ древности имѣла своимъ источникомъ самостоятельную потребность юридическаго мышленія сохранять существующую систему права по возможности долго неизмѣняемою. Аналогія служила органомъ консерватизма, въ одно и то же время оставляя ненарушимыми юридическія нормы и подводя подъ нихъ дѣйствіе вновь нарождавшіяся жизненныя отношенія. Такъ

какъ при этомъ не природа аналогіи опредѣляла предѣлы ея употребленія и, слѣдовательно, предѣлы консерватизма, а напротивъ этотъ послѣдній обусловливалъ ея примѣненіе, то древняя аналогія, въ отличіе отъ современной, представляла часто пріемъ искусственный, употреблявшійся во что бы то ни стало и потому остававшійся вѣрнымъ самому себѣ не по существу, а только по формѣ. Но формы было достаточно. Она вполнѣ успокоивала умъ древняго юриста, робѣвшій предъ творчествомъ новыхъ понятій и нормъ, и давала ему средство не становиться въ разрѣзъ съ ходомъ жизни.

Древнѣйшій случай юридической аналогіи есть постепенное распространеніе юридическихъ сдѣлокъ за предѣлы ихъ первоначальнаго примѣненія (§§ 64 и 65): когда манципація и цессія примѣнялись для установленія новыхъ отношеній, то при этомъ подразумѣвалось (хотя и вопреки дѣйствительности), что новое отношеніе подобно тому, для установленія котораго сказанныя сдѣлки были назначены первоначально. Второе проявленіе аналогіи мы встрѣчаемъ въ интерпретаціи закона. Чтобы сохранить букву закона и придать ей новый смыслъ, надо было предположить, что новыя отношенія, которыя предстояло подвести подъ слова закона, сходны съ тѣми отношеніями, которыя прежде подходили подъ ихъ дѣйствіе. Такимъ образомъ оставалась неприкосновенною ассоціація, которая связывала извѣстную юридическую норму и основанную на ней защиту съ отношеніями извѣстнаго же рода.

Процессуальное воззрѣніе на право.

§ 82. Въ концѣ концовъ подъ формою строгаго консерватизма крылось безостановочное движеніе впередъ. Законодательная власть того времени не стремилась еще къ тому, чтобы сосредоточить въ своихъ рукахъ, по возможности, все творчество въ правѣ. Въ гражданскомъ правѣ дѣятельность законодателя ограничилась почти однимъ изданіемъ XII таблицъ. Послѣ того выступило опять казуальное творчество въ судѣ, лишь прикрывавшее себя авторитетомъ законодателя. Стало-быть, на самомъ дѣлѣ путь, которымъ создавалось гражданское право, не измѣнился особенно сравнительно съ тѣмъ, каковъ онъ былъ прежде, до изданія XII таблицъ. По прежнему судъ былъ главнымъ источникомъ правоваго порядка.

Сообразно съ этимъ уже въ періодъ квиритскаго права должно было укрѣпиться то воззрѣніе на право, которое вообще характеризуетъ римскую юриспруденцію. Это воззрѣніе отличалось относительною грубостью. На самомъ дѣлѣ каждое отдѣльное право состоитъ изъ двухъ составныхъ элементовъ: изъ отношенія, которое защищается, и отношеній, которыя защищаютъ первое отношеніе; римскіе же юристы сводили сущность права на судебный искъ, которымъ оно защищалось. Они смотрѣли на право исключительно съ практической, если можно такъ выразиться, — съ ремесленной точки зрѣнія. Адвокатъ и судья заинтересованы правомъ исключительно въ предѣлахъ судебнаго спора, который они должны предусмотрѣть (при составленіи юридическихъ сдѣлокъ) или вести и разрѣшить (когда дѣло дойдетъ до процесса). Съ этой точки зрѣнія, вся сущность права сводится на исковыя притязанія, какъ на единственное *непосредственное* выраженіе гарантіи, которая осуществляется юристами. Что̀ лежитъ далѣе, что̀ вытекаетъ посредственно изъ ихъ дѣйствій,—объ этомъ они не спрашивали. Нельзя сказать, чтобы оно ускользало отъ ихъ вниманія всегда; но по крайней мѣрѣ такъ было, когда у нихъ выработывалось понятіе права. Извѣстная грубость ума, неопытность въ отвлеченномъ анализѣ, разумѣется, была главною причиною этому; творчество же права было организовано такъ, что въ глаза бросалась именно судебная сторона его.

IX.

Развитіе долговыхъ отношеній (обязательствъ) послѣ законовъ XII таблицъ.

(IV, V и 1-я пол. VI стол.).

Прогрессъ индивидуализма.

§ 83. Время, слѣдовавшее послѣ изданія XII таблицъ, было временемъ взаимодѣйствія многихъ вліяній, которыя вообще клонились къ вящему развитію индивидуализма. Авторитетъ родовыхъ властей подрывался государствомъ, гражданскій оборотъ, отчасти благодаря болѣе тѣсному, чѣмъ прежде, общенію съ иностранцами оживлялся и распространялся, развивалась городская жизнь, формализмъ ослабѣвалъ — все это освобождало отдѣльнаго гражданина изъ подъ гнета сложившихся традицій и тѣсныхъ условій общинно-родовой жизни, дѣлало его, стало быть, самостоятельнѣе, открывало новую область для его промышленной дѣятельности, укрѣпляло въ немъ наклонность къ пріобрѣтенію и чувство собственности, образуя вмѣстѣ съ тѣмъ въ обществѣ разнообразіе вкусовъ и стремленій, образа жизни, симпатій и антипатій. Свободнѣе, чѣмъ прежде, отдѣльное лицо стало распоряжаться своимъ имуществомъ; формы юридическихъ сдѣлокъ умножались, виды гражданскихъ правъ разнообразились и гражданское право какъ бы подготовлялось къ тому перевороту, которому предстояло наступить для него, начиная съ VI столѣтія.

Къ сожалѣнію, отъ времени, которое слѣдовало непосредственно за изданіемъ законовъ XII таблицъ (IV, V и начало VI столѣтія), до насъ дошло очень мало фактическихъ данныхъ касательно исторіи гражданскаго права; потому эта исторія не можетъ быть представлена съ желательною полнотою и

предстоящее изложеніе по необходимости пострадаетъ отъ нѣкоторой дробности и разрозненности.

Болѣе данныхъ исторія сохранила относительно долговыхъ отношеній, да и самый прогрессъ въ этой области былъ ощутительнѣе, нежели въ какой-либо иной области гражданскаго права; въ развитіи долговыхъ отношеній, еще столь грубо представленныхъ въ законодательствѣ XII таблицъ, заключался теперь центръ тяжести всего развитія гражданскаго права.

I. Вліяніе соціальной борьбы и развившейся государственности.

Законы о процентахъ.

§ 84. Законодательство о процентахъ и ростовщичествѣ [180]), какъ кажется, первое нарушило тотъ относительный покой, который наступилъ въ гражданскомъ законодательствѣ послѣ изданія XII таблицъ. Высокій заемный процентъ—необходимое послѣдствіе того положенія вещей, въ которомъ свободный трудъ не достигъ своего полнаго развитія или вовсе пренебреженъ. Законодательная борьба съ ростовщичествомъ служитъ симптомомъ того, что голосу бѣднаго класса внимаетъ государственная власть, но, съ другой стороны, эта борьба остается безплодною, пока не измѣняются существенно самыя экономическія отношенія и положеніе свободнаго труда. Законное ограниченіе заемнаго процента входило въ Римѣ въ составъ тѣхъ требованій, изъ за осуществленія которыхъ боролись плебеи. Уже XII таблицъ установили максимумъ процентовъ ($8^1/_3\%$) и штрафъ за ростовщичество, т. е. за взиманіе процентовъ сверхъ указанной мѣры. Этотъ штрафъ взыскивался должникомъ въ свою пользу и исчислялся вчетверо больше противъ взятаго незаконно. Въ 388 г. однимъ изъ законовъ Лицинія Столона, въ видѣ временной мѣры, всѣ проценты, уплаченные къ тому времени, были вычтены изъ капитальной суммы долга и погашеніе остальнаго долга было расрочено на три года съ уплатою ежегодно по равной части [181]).

---

180) *Leg. XII tab.* VIII. 18; *Kniess*, Der Credit, 1876, стр. 328 слѣд.

181) *Liv.* 6. 35.

Эта рѣшительная мѣра, какъ кажется, не нашла себѣ подражанія въ послѣдующее время. Нѣчто однородное, но не тожественное съ нею, случилось только спустя около трехъ съ половиною столѣтій, въ 710 г., когда въ виду чрезмѣрнаго паденія цѣнъ послѣ внутренней гражданской войны было предписано удовлетворять кредиторовъ имѣніями должниковъ по той цѣнѣ, какую они имѣли до войны (l. Iulia de aere alieno) [182]). Чрезъ десять лѣтъ послѣ мѣры, принятой Лициніемъ Столономъ, были повторены постановленія XII таблицъ о высшемъ размѣрѣ процентовъ и о штрафѣ quadruplum съ ростовщиковъ (l. Duilia Maenia 399 г.? [183]), далѣе особый законъ установилъ право должника на взысканіе этого штрафа посредствомъ l. a. per manus iniectionem (l. Marcia 402 г. ?) [184]); особо избранные пять мужей (quinquevirі) наблюдали за ростовщиками [185]) и законъ, неизвѣстный по имени (409 г.), уменьшилъ дозволенный максимумъ процента на половину противъ установленнаго въ XII таблицахъ [186]). Наконецъ въ 411 г., повидимому вовсе было запрещено взиманіе процентовъ (lex Genucia) [187]). Такимъ образомъ конецъ IV-го и начало V-го столѣтій были временемъ особенно оживленной борьбы съ ростовщичествомъ. Нечего и распространяться о томъ, что мѣры, принятыя въ этомъ направленіи, не могли оказать и не оказали дѣйствительной пользы. Штрафъ quadruplum былъ плохою оградою для должниковъ; запрещеніе процентовъ свыше извѣстной мѣры принадлежало къ числу такъ-наз. leges minus quam perfectae: запрещенное соглашеніе каралось штрафомъ, но само по себѣ оставалось дѣйствительно [188]). Такимъ образомъ должникъ былъ обязанъ уплатить незаконные проценты, а отъ взысканія штрафа его могли остановить разнообразныя соображенія. Кто нуждается въ кредитѣ, тотъ не настолько

---

[182]) *Caes.* de bello civ. 3. 1; *Suet.* Caes. 42.
[183]) *Liv.* 7. 16; *Tac.* 6. 16.
[184]) *Gai.* IV. 23.
[185]) *Liv.* 7. 21.
[186]) *Liv.* 7. 27.
[187]) *Liv.* 7. 42.
[188]) *Ihering*, III, § 52.

безразсуденъ, чтобы подрывать его тяжбами со своими вѣрителями. Впрочемъ, какъ кажется, ростовщики рисковали также штрафами въ пользу государственной казны. Такіе штрафы взыскивались курульскими эдилами, о чемъ трижды разсказывается у Ливія, подъ 409, 458 и 561 годами [189]). На деньги, взысканныя съ ростовщиковъ, устроивались публичныя игры, воздвигались въ Капитоліи и другихъ мѣстахъ золоченыя колесницы (quadrigae) и т. п.

L. a. per manus iniectionem.

§ 85. Гораздо больше, чѣмъ законодательство о процентахъ, на пользу должниковъ служили законодательныя и иныя мѣры, которыя относились къ судопроизводству посредствомъ наложенія руки (l. a. per manus iniectionem) [190]).

Въ своемъ мѣстѣ мы указали на преобразованіе, которое принадлежало повидимому законамъ XII таблицъ и состояло въ томъ, что кредиторъ, наложившій на должника свою руку, во всякомъ случаѣ долженъ былъ приводить этого послѣдняго къ магистрату, хотя судебное разбирательство могло возникнуть не иначе, какъ при наличности виндекса (стр. 97). Государственная власть пріобрѣтала такимъ образомъ нѣкоторый контроль надъ самоуправствомъ и надъ заемными отношеніями. Мы обозначимъ эту мѣру, какъ первое преобразованіе въ l. a per manus iniectionem. Послѣ того эта форма судопроизводства пережила рядъ послѣдовательныхъ измѣненій. Они были сдѣланы отчасти въ видахъ регулированія различныхъ отношеній, по преимуществу отношеній по займу, отчасти же въ видахъ дальнѣйшаго подавленія самоуправства и усиленія авторитета государственной власти въ области гражданскаго правосудія.

Второе, по порядку, измѣненіе состояло, какъ кажется, въ томъ, что l. a. per man. iniec. помимо своего древнѣйшаго назначенія—взысканія долговъ по займу, стала употребляться какъ форма исполнительнаго судопроизводства, для взысканія вообще по судебнымъ рѣшеніямъ. Наравнѣ съ судебнымъ рѣшеніемъ считалось, когда дѣло оканчивалось судебнымъ признаніемъ или

---

189) *Liv.* 7. 28; 10. 23; 35. 41.
190) *Gai.* IV. 21—25.

судебною присягою. Въ древнѣйшей формѣ отвѣтчикъ былъ «damnatus» (стр. 68), въ новой онъ являлся какъ «iudicatus». Первое качество опредѣлялось авторитетомъ свидѣтелей-судей при совершеніи сдѣлки (nexum), второе исходило отъ авторитета государственной власти. Соотвѣтственно новому назначенію была измѣнена торжественная формула, которую произносилъ истецъ. Вмѣсто словъ: quod tu mihi damnatus es, которыми начиналась формула при взысканіи по nexum, произносились слова: quod tu mihi iudicatus es. Но это обращеніе въ исполнительную форму не умалило самостоятельнаго значенія l. a. per man. iniec.; замѣчательно, что область ея примѣненія продолжала расширяться по крайней мѣрѣ до конца VI столѣтія.

Одну часть этого дальнѣйшаго расширенія мы обозначимъ какъ третье измѣненіе въ положеніи иска, которымъ теперь занимаемся. По словамъ Гая, оно было дѣломъ «многихъ» законовъ, изъ которыхъ онъ называетъ только два примѣра. Хронологія обоихъ законовъ въ высшей степени неясна. По l. Publilia, manus iniectio принадлежала поручителю противъ должника, за котораго онъ заплатилъ долгъ,—если сдѣланная уплата не была возмѣщена ему въ продолженіи шести мѣсяцевъ. По l. Furia de sponsu, manus iniectio принадлежала тоже поручителю, но на этотъ разъ противъ кредитора, который взыскалъ съ него болѣе, чѣмъ слѣдовало по закону. Именно, въ томъ случаѣ, когда существовало поручительство нѣсколькихъ лицъ за одного должника, отвѣтственность по долгу распредѣлялась между ними поровну. Оба закона входили въ число тѣхъ мѣръ, которыми государство стремилось регулировать отношенія по займу. Они опредѣляли положеніе поручителей какъ относительно должника, такъ и относительно кредитора. Судопроизводство, установленное ими, не отличалось отъ другихъ случаевъ этого иска; отвѣтчикъ могъ защищаться на судѣ только чрезъ посредство виндекса; отвѣтчика осужденнаго или оставшагося безъ защиты брали въ кабалу.

Четвертое измѣненіе принадлежало къ числу наиболѣе важныхъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ было дозволено отвѣтчику защищаться самому безъ посредства виндекса. Гай и въ этомъ случаѣ приводитъ два примѣра. По l. Marcia (402 г.), manus

iniectio дана въ такой формѣ должнику противъ ростовщика для взысканія установленнаго штрафа quadruplum (стр. 192), и, по l. Furia testamentaria (571 г.), ее получилъ наслѣдникъ противъ тѣхъ лицъ, которыя получили отказы по завѣщанію свыше 1000 ассъ, не имѣя на то права. Новая форма — съ защитою отвѣтчика безъ посредства виндекса — называлась l. a. per m. i. *puram*, а въ противоположность ей предшествующіе случаи, съ защитою чрезъ посредство виндекса, составляли l. a. per m. i. *pro iudicato*, потому что въ нихъ отвѣтчикъ приравнивался къ лицу, осужденному судебнымъ рѣшеніемъ, и не могъ защищаться самъ. Въ этихъ послѣднихъ случаяхъ въ торжественной формулѣ иска, которую произносилъ истецъ, стояли слова «pro iudicato», которыя выбрасывались изъ формулы l. a. per m. i. puram. Какъ мы сказали, это было важное нововведеніе въ исторіи торжественнаго самоуправства. Исчезновеніе виндекса окончательно обращало manus iniectio въ судебную форму; судебное разбирательство наступало безпрепятственно, какъ скоро отвѣтчикъ прекословилъ истцу.

Только l. Vallia, вѣроятно VII столѣтія, возвела устраненіе виндекса на степень общаго правила, изъ котораго были оставлены два исключенія. Виндексъ былъ необходимъ для защиты въ формѣ исполнительнаго судопроизводства и въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ l. Publilia. Когда торжественное самоуправство исчезло, вмѣстѣ со всею системою древнихъ исковъ (p. legis actiones), то особенности этихъ двухъ случаевъ продолжали жить въ двухъ искахъ: a. iudicati и a. depensi, которыя выдѣлялись изъ среды прочихъ исковъ своимъ строгимъ характеромъ, хотя осуществлялись уже въ новомъ порядкѣ формулярнаго судопроизводства. A. iudicati принадлежала истцу, если онъ выигралъ свой процессъ; она назначалась для взысканія съ противной стороны того, что̀ было съ нея присуждено; a. depensi служила поручителю для взысканія съ неисправнаго должника уплаченныхъ за него денегъ, съ соблюденіемъ шестимѣсячнаго срока, установленнаго по l. Publilia. Однимъ словомъ, a. iudicati замѣнила собою manus iniectio iudicati, а a. depensi—manus iniectio по l. Publilia. Оба иска вели

къ осужденію отвѣтчика, если онъ прекословилъ истцу и былъ осужденъ, вдвое противъ должнаго (duplum) и причислялись къ числу исковъ, которыми взыскиваютъ штрафъ [191]). По обоимъ искамъ отвѣтчикъ допускался къ защитѣ лишь въ томъ случаѣ, если представлялъ обезпеченіе (satisdatio) въ размѣрѣ всей суммы возможнаго взысканія [192]); такое же обезпеченіе требовалось отъ него и при отсрочкѣ разбирательства по дѣлу (vadimonium, стр. 73 сл.) [193]).

Итакъ, вотъ послѣдовательный рядъ формъ, которыя представляетъ намъ исторія торжественнаго самоуправства посредствомъ наложенія руки: 1) l. a. p. m. i. по nexum («damnatus»), 2) l. a. p. m. i. iudicati («iudicatus»), 3) l. a. p. m. i. pro iudicato, 4) l. a. p. m. i. puram. Послѣдніе остатки второй и третьей формы сохранились въ позднѣйшихъ a. iudicati и a. depensi.

II. Вліяніе рынка.

Ограниченія кабалы.

§ 86. Къ V столѣтію относится еще одно преобразованіе, состоящее въ непосредственной связи съ исторіей судопроизводства per. man. iniec. Безпрерывная борьба и волненія, которыя порождались долговыми отношеніями, привели наконецъ къ нѣкоторому смягченію кабалы за долги. Объ этомъ предметѣ былъ изданъ законъ, lex Poetelia (428 или 441 г). Содержаніе его въ точности неизвѣстно [194]). Онъ не уничтожилъ кабалы вовсе, какъ это представляется съ перваго раза изъ

---

191) *Gai.* IV. 9; IV. 171.

192) *Gai.* IV 25; ср. IV. 102.

193) *Gai.* IV. 186.

194) *Liv.* 8. 28.... iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Itaque nexi soluti; cautumque in posterum, ne necterentur.

Varro, De lingua latina, 7, 105. Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat (dat), dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc, C. Popillio auctore, Sillo (испорч. вмѣсто Poetelio Visolo) dictatore sublatum ne fieret; et omnis, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti.

словъ историковъ, но содержалъ нѣкоторыя ограниченія ея. Вѣроятно, были отмѣнены постановленія законовъ XII таблицъ о наложеніи на должника цѣпей, о продажѣ его въ рабство и о разсѣченіи его на части. Это была новая побѣда государственнаго начала и смягчившихся нравовъ надъ началами личной расправы и уголовнаго возмездія въ гражданскомъ правѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ это былъ новый шагъ впередъ на пути индивидуализированія имущества. Повидимому, съ этого времени кредиторъ получилъ возможность удовлетворить свои требованія имуществомъ должника, чему прежде препятствовалъ семейный характеръ имущества. Такимъ образомъ успѣхъ государственнаго начала и поднятіе уровня нравовъ сопровождались ущербомъ для семейно - родоваго владѣнія. Но самое личное задержаніе должника еще не было уничтожено. Оно практиковалось вплоть до III вѣка по Р. Х. [195]). Впрочемъ Петеліевъ законъ освободилъ отъ задержанія всѣхъ должниковъ, которые клятвенно удостовѣрили свою имущественную состоятельность.

Гражданское правонарушеніе.

§ 87. Смягченію нравовъ, которое выразилось въ Петеліевомъ законѣ, въ свою очередь, содѣйствовалъ постоянный ростъ торговыхъ отношеній. Раньше было замѣчено, какъ этотъ послѣдній факторъ велъ къ ограниченію начала уголовнаго возмездія. Уже XII таблицамъ были извѣстны нѣкоторые случаи, въ которыхъ различалось умышленное и неумышленное нарушеніе чужаго права (стр. 95 и 101). Важнѣйшій случай этого рода составляла, несомнѣнно, виндикація, — искъ, который въ противоположность иску о воровствѣ стремился не къ наказанію владѣльца чужой вещи, но только къ возвращенію ея въ руки собственника. Прогрессъ въ этомъ случаѣ состоялъ въ томъ, что стали глубже, чѣмъ прежде, понимать виновность правонарушителя. Прежде довольствовались одною наружною связью, которую замѣчали между его дѣйствіемъ и нарушеніемъ права; всякій держатель чужой вещи, какъ воръ, такъ и добросовѣстный владѣлецъ отвѣчалъ одинаково. Гнѣвъ пострадавшаго лица не допускалъ бо-

---

[195]) *Bethmann-Hollweg*, Civilprocess, § 113.

лѣе тонкой оцѣнки этой связи. Съ образованіемъ виндикаціи было сознано, что виновность этихъ лицъ не одинакова. Оцѣнивая связь виновника съ его дѣяніемъ, обратили вниманіе на зависимость этого послѣдняго отъ умысла, съ которымъ онъ дѣйствовалъ; причинную связь стали разсматривать какъ вину и различили въ этой послѣдней степени. Наибольшую степень вины представлялъ преступникъ, наименьшую—владѣлецъ чужой вещи. Преступникъ—умышленный нарушитель чужаго права; съ самаго начала съ его образомъ дѣйствій связывается умыселъ, его вина—въ умышленности его дѣянія. Напротивъ добросовѣстный владѣлецъ чужой вещи есть простой правонарушитель, который дѣйствуетъ неумышленно. Онъ долженъ однако возвратить пріобрѣтенное незаконно [196]; стало быть, и онъ виноватъ въ нѣкоторой степени. Въ чемъ именно его вина, это остается еще не вполнѣ выясненнымъ; но во всякомъ случаѣ она не въ умышленности его дѣянія. Здѣсь пониманіе вины остается еще старое: она принимается въ смыслѣ внѣшней причинной связи. Право было занято сначала смягченіемъ отвѣтственности за неумышленное правонарушеніе, изъятіемъ его изъ области преступленій, и еще не сдѣлало его предметомъ положительной регламентаціи.

Петеліевъ законъ сдѣлалъ попытку перенести понятіе простаго правонарушенія въ область долговыхъ отношеній, а рядъ другихъ преобразованій, послѣдовавшихъ въ пятомъ вѣкѣ, довелъ это дѣло до надлежащаго конца. Такъ образовалось второе, по порядку, изъятіе изъ начала уголовнаго возмездія. Появились договоры (стипуляція и mutuum, а вслѣдъ за ними литтеральный контрактъ), отвѣтственность по которымъ не имѣла уголовнаго характера, или, по крайней мѣрѣ, была въ значительной мѣрѣ свободна отъ него; Аквиліевъ законъ

---

[196]) Несомнѣнно, что виндикація была приложима и противъ недобросовѣстнаго владѣльца, но въ такомъ случаѣ недобросовѣстный владѣлецъ трактовался какъ добросовѣстный. Если же истецъ хотѣлъ трактовать его именно какъ *недобросовѣстнаго* владѣльца, то онъ прибѣгалъ къ a. furti. Въ то время, о которомъ мы теперь говоримъ, не могли еще усматривать существенное различіе въ положеніяхъ вора и недобросовѣстнаго владѣльца; furtum понималось еще широко (ср. § 43).

467 года смягчилъ уголовный элементъ во взысканіи за незаконное поврежденіе чужаго имущества; неисправный должникъ, подобно владѣльцу чужой вещи, сталъ присуждаться не къ наказанію, но къ возмѣщенію того имущественнаго вреда, который онъ нанесъ кредитору. Его неисправность разсматривалась, стало быть, не какъ преступленіе (деликтъ), а какъ простое правонарушеніе.

Впрочемъ съ самаго начала должны были замѣтить, что вина неисправнаго должника нѣсколько больше, нежели вина добросовѣстнаго владѣльца чужой вещи; не даромъ право изъяло неисправнаго должника изъ разряда преступниковъ позднѣе, нежели владѣльца. Съ момента вступленія въ заемныя отношенія должникъ знаетъ, что въ его рукахъ находится чужое имущество, тогда какъ добросовѣстный владѣлецъ чужой вещи узнаетъ объ этомъ лишь тогда, когда дѣло доходитъ до суда. Поэтому наказаніе не было исключено совершенно при опредѣленіи отвѣтственности неисправнаго должника; оно занимало лишь второстепенное мѣсто, служа какъ бы дополненіемъ къ главной формѣ отвѣтственности. Такъ, элементъ наказанія мы найдемъ въ постановленіяхъ Аквиліева закона; мы встрѣтимъ его также, когда познакомимся съ порядкомъ судебной отвѣтственности по новымъ договорамъ (кондикціи). Но это наказаніе было, во всякомъ случаѣ, гораздо слабѣе того, которымъ каралось преступленіе.

Въ отдѣльныхъ случаяхъ и неисправный должникъ могъ руководиться злымъ умысломъ. Уже при самомъ заключеніи займа должникъ могъ умыслить присвоить занятое; или при наступленіи платежа онъ могъ уклониться отъ него, имѣя сумму, достаточную для уплаты долга. Какъ относились къ случаямъ этого рода? Легко можетъ быть, что сначала изъятіе не распространялось на нихъ, такъ что прежнее уголовное наказаніе, осуществляемое посредствомъ l. a. per manus iniectionem, сохраняло здѣсь свою силу, — разумѣется, если была возможность доказать умыселъ; но потомъ руководящій критерій вообще начинаетъ основываться на общемъ типѣ случаевъ. Пріобрѣтеніе чужой вещи, напр., покупкою, полученіе денегъ взаймы и т. п. *обыкновенно* не связывались съ пре-

ступнымъ умысломъ; эти дѣйствія относились къ разряду тѣхъ нормальныхъ актовъ, изъ которыхъ состоялъ гражданскій оборотъ и потому выдѣлились въ особую группу, безъ отношенія къ степени ихъ умышленности. Того требовали интересы гражданскаго оборота. Быстрый обмѣнъ имущественныхъ благъ не могъ совершаться, пока законное пріобрѣтеніе чужой вещи или неуплата долга считалась наравнѣ съ воровствомъ; оборотное значеніе этихъ дѣйствій привело къ формулированію для нихъ особаго, новаго критерія и требовало одинаковаго приложенія его къ нимъ во всѣхъ случаяхъ.

1. *Стипуляція* [197])

Простая стипуляція.

§ 88. Глаголъ spondeo издавна употреблялся въ латинскомъ языкѣ, для выраженія серьознаго, дѣловаго обѣщанія. Повидимому, онъ употреблялся во всемъ Лаціумѣ въ религіозныхъ обѣтахъ и при заключеніи международныхъ трактатовъ, а потомъ перешелъ въ гражданскій оборотъ. Словоупотребленіе выработало при этомъ форму вопроса и отвѣта, которая, подъ именемъ стипуляціи, перешла, не позже середины V столѣтія, въ Римъ и стала употребляться римскими гражданами при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ. Одна изъ сторонъ, кредиторъ, спрашивала: «не обѣщаешь-ли дать мнѣ столько-то» (spondesne mihi dáre...)?, на что́ другая сторона, должникъ, отвѣчала: «обѣщаю» (spondeo). Можетъ быть, первоначально отвѣчающій повторялъ всю формулу вопроса, потомъ же сталъ ограничиваться произнесеніемъ одного утвердительнаго «обѣщаю». Вѣроятно та́кже, что сначала употребленіе стипуляціи относилось къ займу; она замѣняла собою nexum. Стипуляціонное обѣщаніе служило тѣмъ, чѣмъ служитъ теперь росписка, которую заемщикъ даетъ своему кредитору; оно облекало заемъ въ юридическую форму. Еще въ позднѣйшемъ правѣ мы встрѣчаемъ подобное употребленіе стипуляціи [198]).

---

[197]) *Gai.* III §§ 92 слѣд.; *Inst.* 3. 15; *Dig.* 45. 1; *Cod.* 8. 37.— *Voigt*, II § 33 и Beilage XIX; *Karsten*, Die Bedeutung der Form im Obligationenrecht, I, 1878, стр. 25—57; *Walter*, § 604.

[198]) См., напр., *Dig.* 46. 2 fr. 6 § 1 и fr. 7.

Стипуляціонное обязательство могло уничтожиться только стипуляціоннымъ способомъ. Должникъ, уплативъ должное, спрашивалъ кредитора: «не получилъ-ли ты столько-то» (habesne acceptum...), на что слѣдовалъ отвѣтъ кредитора: «получилъ» (habeo). Этотъ способъ уничтоженія обязательства назывался акцептиляціей (acceptilatio) [199]).

Стипуляція и соотвѣтствующая ей акцептиляція были формами торжественнаго словеснаго (вербальнаго) акта: существованіе обязательства было обусловлено здѣсь исключительно произнесеніемъ опредѣленныхъ торжественныхъ словъ. Это было новое, по порядку третье, наслоеніе въ исторіи древнеримскаго формализма. Стипуляція и акцептиляція были акты формальные въ обоихъ смыслахъ этого послѣдняго эпитета: вопервыхъ, для совершенія ихъ была установлена обязательная форма; вовторыхъ, источникъ юридической силы договора заключался именно въ словахъ, составлявшихъ эту форму. Форма стипуляціи была однако легче, отвлеченнѣе и тягучѣе, нежели форма болѣе древнихъ актовъ: манципаціи и цессіи. Эта форма состояла изъ однихъ словъ, въ рамки которыхъ можно было, по усмотрѣнію, вложить широкое содержаніе. Будучи порожденіемъ оборота, болѣе живаго, нежели тотъ оборотъ, который создалъ обѣ древнѣйшія формы, стипуляція принимала въ себя видоизмѣненія и усложненія, которыя не были примѣнимы въ манципаціи и цессіи. Такъ, въ стипуляцію стали включаться потомъ соглашенія о срокѣ и объ условіи, недопустимыя въ манципаціи и цессіи. Введенная первоначально (какъ предположено выше) для совершенія займа, стипуляція распространила потомъ широко свою область и употреблялась для установленія самыхъ разнообразныхъ обязательствъ.

Сложная стипуляція.

§ 89. Стипуляція *одного* кредитора съ *однимъ* должникомъ представляла простѣйшій видъ этой сдѣлки. Однако рано возникли усложненія: какъ со стороны должника, такъ и со стороны кредитора могли выступить въ дополненіе къ главному должнику или кредитору, еще другія лица; къ

---

[199]) *Gai.* III, 169–172.

главной стипуляціи присоединялось еще нѣсколько стипуляцій и установлялось нѣсколько должниковъ или кредиторовъ по одному и тому же обязательству. Со стороны должника такое умноженіе лицъ происходило въ формѣ *adpromissio*, со стороны кредитора—въ формѣ *adstipulatio*.

1. *Adpromissio* [200]). Когда обязательство устанавливалось по nexum, тогда кабальная зависимость должника отъ кредитора служила лучшею гарантіею правъ этого послѣдняго. Въ другихъ случаяхъ подобную гарантію надо было искать въ поручительствѣ (ср. выше vadimonium, § 32); и поручительство явилось почти неизбѣжнымъ спутникомъ займа, какъ скоро онъ облекся въ форму стипуляціи. Поручительство само приняло эту форму и получило отъ того вполнѣ юридическій характеръ, тогда какъ прежде еще въ значительной степени оно не лишено было характера бытоваго отношенія. Поручительство по стипуляціи устанавливалось такъ, что одновременно съ стипуляціей, заключенной съ главнымъ должникомъ, кредиторъ совершалъ стипуляцію съ каждымъ изъ поручителей (sponsores), спрашивая ихъ: «idem dari spondes»? и вопрошаемый отвѣчалъ: «spondeo». Въ случаѣ неисправности должника кредиторъ былъ воленъ предъявить искъ или къ этому послѣднему, или къ поручителю — sponsor'у, по своему усмотрѣнію. Каждый изъ sponsores, когда ихъ было нѣсколько, обязывался уплатить кредитору, по его требованію, всю сумму долга; стало быть, sponsor занималъ въ обязательствѣ положеніе, равное положенію самаго должника; онъ былъ такое же отвѣтственное лицо, какъ и этотъ послѣдній. Такъ сохранялся еще первоначальный характеръ поручительства (стр. 75).

Сказанная роль sponsor'а засвидѣтельствована источниками. Должно предположить еще другую роль его. Двѣ практическія цѣли, которыя позднѣе выразились въ двухъ отдѣльныхъ институтахъ: поручительствѣ и представительствѣ, могли теперь еще преслѣдоваться въ одной и той же формѣ. При извѣстныхъ условіяхъ sponsores участвовали въ стипуляціи, можетъ быть, не какъ поручители, но съ цѣлью замѣстить должника

---

[200]) *Gai.* III. 115—123.

въ случаѣ, если ему придется отсутствовать въ моментъ исполненія по обязательству. Предположимъ, что нѣкто, вступая въ сдѣлку въ качествѣ должника, предвидѣлъ, что въ моментъ приведенія этой сдѣлки въ исполненіе, т. е. въ моментъ уплаты или въ моментъ судебнаго взысканія, онъ не будетъ находиться въ томъ мѣстѣ, гдѣ исполненію надлежало произойти. Въ такомъ случаѣ онъ привлекалъ къ участію въ сдѣлкѣ другихъ лицъ, въ качествѣ sponsores, съ тѣмъ чтобы они замѣстили его въ рѣшительную минуту. Другими словами, sponsores могли играть ту роль, которая перешла потомъ къ представителямъ. Но представительство было скрытое или, лучше сказать, самое понятіе представительства еще не выработалось; формально, юридически, sponsores были такими же должниками, какъ и главный, настоящій должникъ: они были содолжниками его, ибо кредиторъ могъ потребовать уплату безразлично какъ отъ него самого, такъ и отъ sponsores.

Идея и формы не дифференцируются сразу и потому весьма вѣроятно, что существовало такое смѣшеніе роли поручителя съ ролью представителя или (что̀ для того времени будетъ точнѣе) замѣстителя. Постепенно вниманіе юриспруденціи сосредоточилось на первой изъ нихъ и въ позднѣйшее время sponsores встрѣчаются только какъ поручители.

2. *Adstipulatio* [201]). Напротивъ форма, извѣстная подъ именемъ adstipulatio, сохранила ясный слѣдъ того, какъ можно было установить замѣстителя (представителя) со стороны кредитора. Стипуляторъ могъ допустить рядомъ съ собою другое лицо, которое стипулировало отъ должника то же, что и самъ стипуляторъ, и потому звалось въ просторѣчіи adstipulator'омъ. Оно, наравнѣ съ стипуляторомъ, имѣло искъ по стипуляціи и получало уплату; уплата адстипулятору освобождала должника отъ отвѣтственности предъ стипуляторами. Стало быть, и здѣсь положеніе лица, привлеченнаго къ стипуляціи, было равно положенію главнаго контрагента. Адстипуляторъ былъ такой же кредиторъ, какъ и самъ стипуляторъ, точно такъ

[201]) *Gai.* III. 110—114; 215. 216.

же какъ въ вышеописанномъ случаѣ (adpromissio) sponsor былъ такой же должникъ, какъ и самъ promissor.

Корреальное обязательство.

Эта оригинальная черта повторяется потомъ въ той формѣ, которая встрѣчается въ позднѣйшемъ правѣ въ случаяхъ сложной стипуляціи. Именно, нѣсколько кредиторовъ могли отнестись къ одному должнику съ одинаковыми вопросами (одинъ спрашивалъ: обѣщаешь-ли ты дать мнѣ сто? другой: обѣщаешь-ли ты дать мнѣ тѣ же самые сто? и т. д.) и должникъ, выслушавъ ихъ вопросы, давалъ на нихъ одинъ общій отвѣтъ: «utrique vestrum dare spondeo». Точно такъ же одинъ кредиторъ могъ отнестись послѣдовательно къ нѣсколькимъ должникамъ съ однимъ и тѣмъ же вопросомъ: Мэвій, обѣщаешь-ли дать сто? Сей, обѣщаешь-ли дать тѣ же самые сто? и должники, по окончаніи всѣхъ вопросовъ, отвѣчали одинъ за другимъ: spondeo, spondeo. Сокредиторы и содолжники по обязательству, которое устанавливалось сказаннымъ способомъ назывались между прочимъ correi и отъ этого слова произошло теперешнее названіе такого обязательства *корреальнымъ* [202]). Корреальное обязательство отличалось существенно отъ обыкновенныхъ обязательствъ. Каждый изъ сокредиторовъ былъ въ правѣ потребовать отъ должника уплату всего долга; каждый изъ содолжниковъ былъ обязанъ платить кредитору весь долгъ. Удовлетвореніе, полученное однимъ изъ сокредиторовъ, погашало права всѣхъ прочихъ кредиторовъ; удовлетвореніе, сдѣланное однимъ изъ содолжниковъ, освобождало всѣхъ прочихъ должниковъ отъ отвѣтственности. Разумѣется, что это удовлетвореніе, чтобы получить юридическую силу, должно было быть оформлено акцептиляціей, какъ вообще требовалось при погашеніи стипуляціоннаго обязательства (стр. 201). Кромѣ того—и это обстоятельство достойно особаго замѣчанія—наравнѣ съ удовлетвореніемъ, одинаковое съ нимъ, погашающее вліяніе имѣла новація (глава XIV) и судебные акты: litis contestatio (§ 66) и iuramentum in iure (стр. 78), т. е. акты, вообще погашающіе стипуляціонное обязательство, въ данномъ случаѣ погашали дѣйствіе всѣхъ стипуляцій, одновременно заключенныхъ. Такимъ образомъ было достаточно, чтобы кто-либо изъ сокредиторовъ предъявилъ противъ

должника искъ и довелъ его до контестаціи, или чтобы такой искъ былъ предъявленъ противъ одного изъ содолжниковъ, или чтобы одинъ изъ содолжниковъ очистилъ себя судебною присягою, или наконецъ, чтобы судебная присяга была принята однимъ изъ сокредиторовъ,—и обязательство погашалось относительно всѣхъ прочихъ участниковъ сдѣлки.

Соединеніе нѣсколькихъ лицъ могло явиться одновременно какъ со стороны кредитора, такъ и стороны должника и послѣдствія были тѣ же самыя: каждый изъ сокредиторовъ могъ потребовать отъ каждаго изъ содолжниковъ уплату всего долга и уплата, сдѣланная однимъ изъ должниковъ одному изъ кредиторовъ, погашала обязательство относительно прочихъ участниковъ. Новація и вышеупомянутые судебные акты имѣли то же дѣйствіе.

Дальнѣйшее развитіе.

§ 90. Корреалитетъ состоялъ въ несомнѣнномъ родствѣ съ вышеописанными формами: adpromissio и adstipulatio. Слѣдуетъ идти дальше и сказать, что эти формы были сначала не что иное, какъ случаями корреалитета и, можетъ быть, первыми его случаями. Но потомъ онѣ обособились, пріобрѣли нѣкоторые особые признаки и отошли въ томъ или другомъ отношеніи отъ общаго типа корреалитета. Именно дальнѣйшее развитіе состояло въ томъ, что изъ за формальнаго равенства сокредиторовъ и содолжниковъ выступило и получило юридическое признаніе ихъ дѣйствительное соотношеніе, такъ что сталъ различаться главный должникъ и поручитель, главный кредиторъ и адстипуляторъ и ихъ положеніе опредѣлялось не одинаково.

Ранѣе произошло это относительно поручителей—sponsores. Sponsor, уплатившій кредитору, имѣлъ manus iniectio противъ должника, если сдѣланная имъ уплата не была возмѣщена ему въ теченіи шести мѣсяцевъ (l. Publilia, стр. 194). Каждый изъ sponsores, когда ихъ было нѣсколько, былъ обязанъ, какъ это указано выше, уплатить кредитору, по его требованію, всю сумму долга; но уплатившій больше, чѣмъ слѣдовало бы съ него при равномѣрномъ распредѣленіи долга между всѣми, получалъ, по особому закону (l. Appuleia), право требовать соотвѣтствующее удовлетвореніе отъ другихъ

поручителей. Гай, который смотритъ на это отношеніе съ современной ему точки зрѣнія, говоритъ, что сказанный законъ ввелъ въ отношенія поручителей какъ бы товарищество (societas). Корреалитетъ оставался пока въ своей силѣ, потому что *предъ кредиторомъ* поручитель отвѣчалъ наравнѣ съ самимъ должникомъ. Но вотъ появился новый законъ, l. Furia (стр.194), который далъ поручителю, уплатившему весь долгъ, право обратить свое взысканіе на самого кредитора, въ формѣ manus iniectio; по тому же закону, обязательство поручителя погашалось съ истеченіемъ двухъ лѣтъ послѣ его установленія. Должно быть, еще много раньше было признано, что обязательство sponsor'а не переходитъ къ его наслѣдникамъ. Такимъ образомъ отношенія кредитора къ поручителю стали иныя, нежели его отношенія къ самому должнику. Во время классической юриспруденціи въ поручительствѣ открыто признавали отношеніе второстепенное, дополняющее собою главное обязательство.

Подобное же произошло относительно adstipulatio. Повидимому большой классъ лицъ занимался тѣмъ, что предлагалъ свои услуги, въ качествѣ адстипуляторовъ, и извлекалъ изъ того свои выгоды. Законодателю пришлось обратить свое вниманіе на эту профессію и посвятить ей особое постановленіе. Во второй главѣ Аквиліева закона (l. Aquilia, 467 г.?) обязанность адстипулятора, какъ довѣреннаго стипулятора, получила юридическую окраску. Именно, адстипуляторъ, обманувшій довѣріе своего довѣрителя и совершившій съ должникомъ акцептиляцію (стр. 201) безъ полученія отъ него надлежащей уплаты, отвѣчалъ предъ стипуляторомъ въ размѣрѣ его убытка; адстипуляторъ, отрицавшій на судѣ свою вину, но оказавшійся по суду виновнымъ, отвѣчалъ вдвое (in duplum). Все это не измѣняло еще положенія адстипулятора, какъ кредитора, предъ должникомъ; но слѣдующее правило отличило его, въ этомъ отношеніи, отъ стипулятора и подорвало нѣсколько ихъ корреалитетъ. Именно, право адстипулятора не переходило къ его наслѣднику. При Гаѣ, вопреки строгимъ требованіямъ формализма, стипуляція адстипулятора могла быть заключена въ выраженіяхъ, отличныхъ отъ выраженій самого стипулятора.

За стипулятора не могъ стипулировать кто-либо изъ состоящихъ въ его власти, напр., сынъ или рабъ, потому что пріобрѣтаемое право соединялось въ этомъ случаѣ съ обязанностью (обязанность довѣреннаго лица предъ его довѣрителемъ).

Вліяніе формализма.

§ 91. Въ стипуляціи болѣе, чѣмъ въ какой-либо другой сдѣлкѣ древнѣйшаго права сказалось историческое значеніе формализма въ гражданскомъ оборотѣ. Если въ сравненіи съ послѣдующею ступенью развитія права формализмъ представляетъ несовершенство, выражая собою нѣкоторую неразвитость мысли, то въ сравненіи съ предшествующимъ состояніемъ онъ свидѣтельствуетъ, напротивъ, о важномъ шагѣ впередъ. Въ формализмѣ мы встрѣчаемся впервые съ внутреннимъ гражданскимъ оборотомъ, пріобрѣтшимъ нѣкоторую правильность и устойчивость. Сдѣлка теряетъ случайный характеръ и становится обыкновенною принадлежностью правовой жизни. Будучи культомъ слова, формализмъ вынуждаетъ людей къ обдуманности при произнесеніи словъ: одно слово можетъ погубить человѣка на вѣки. Формализмъ воспитываетъ въ умѣ человѣка ассоціацію идей, которой принадлежитъ важная роль въ послѣдующей исторіи права, — именно ассоціацію идеи произнесеннаго слова съ идеей права и обязанности, основанныхъ на этомъ словѣ. Въ древнѣйшихъ формахъ (манципація, in iure cessio) слова произносятся тѣми лицами, которыя пріобрѣтаютъ права. Здѣсь форма сдѣлокъ сохраняетъ еще характеръ самоуправства, права какъ бы захватываются самимъ пріобрѣтателемъ: не даромъ слова его сопровождаются выразительными тѣлодвиженіями, имѣющими тотъ же смыслъ. Въ позднѣйшихъ формахъ тѣлодвиженія исчезаютъ и въ произнесеніи словъ участвуетъ та сторона, на которую сдѣлка налагаетъ обязанность (стипуляція). Сдѣлка представляется въ новой формѣ — обѣщанія. Сила обѣщанія, какъ и сила болѣе древнихъ сдѣлокъ, основывается на словѣ, которое—разъ оно произнесено—пріобрѣтаетъ какъ бы самостоятельное, неприкосновенное значеніе. Но прежде слово произносилось управомоченнымъ, въ обѣщаніи же произноситъ его обязанный. По мѣрѣ того, какъ будетъ совершенствоваться самосознаніе

начнутъ замѣчать связь обѣщанія съ «волею» обѣщающаго и принимающаго. Этимъ будетъ подписанъ смертный приговоръ формализму; вмѣсто идеи слова выступитъ впередъ идея воли. Но, уступая мѣсто новому правовому порядку, формализмъ оставитъ послѣ себя человѣка, выученнаго держать данное слово. Новый порядокъ не нарушитъ этого начала; онъ опредѣлитъ только по своему, *какое* слово обязательно держать. Формализмъ предписывалъ держать каждое слово, произнесенное торжественно; новый порядокъ укажетъ, какъ на критерій при оцѣнкѣ слова, его отношеніе къ волѣ произносящаго.

2. *Заемъ (mutuum)* [203].

Форма.

§ 92. Стипуляціей не ограничился прогрессъ гражданскаго оборота. Позднѣе стипуляціи, можетъ быть только въ VI столѣтіи, въ римскомъ гражданскомъ оборотѣ появился заемъ, въ формѣ mutuum. Такъ назывался актъ, въ которомъ одна сторона (кредиторъ) передавала другой сторонѣ (должнику) въ собственность какое-либо количество денегъ или другой вещи, опредѣляемой родомъ и счетомъ (напр., зерновой хлѣбъ и т. п.), другая же сторона обѣщала при этомъ (не стѣсняясь никакою обязательною формою при выраженіи своего обѣщанія) возвратить, взамѣнъ полученнаго, вещь того же рода и въ томъ же количествѣ, какъ получила. Это была чистая заемная сдѣлка, безъ всякой примѣси обязательной формы. Обязательство заемщика рождалось изъ того факта, что онъ получалъ вещь въ собственность. Одного соглашенія кредитора съ должникомъ было недостаточно для возникновенія обязательства; для такого результата соглашеніе должно было сопровождаться юридическимъ обогащеніемъ должника на счетъ кредитора, въ формѣ полученія, на правѣ собственности, извѣстной вещи. Должникъ оставался обязаннымъ независимо отъ того употребленія, которое онъ сдѣлалъ съ полученною вещью: если, напримѣръ, занятыя деньги погибли ранѣе, нежели онъ употребилъ ихъ въ свою пользу, то это обстоятельство (casus) не касалось

---

203) *Gai.* III. 90; *Dig.* 12. 1; *Cod.* 4. 1; 4. 2; *Voigt*, прилож. XXI § 24, *Pernice*, I, стр. 417; II, стр. 262.

отъ уплаты такихъ процентовъ, а если она была уже сдѣлана, то уплаченное зачитывалось въ погашеніе капитала или же возвращалось назадъ [212]).

3. *Литтеральный контрактъ* (contractus litteris) [213]).

Codices accepti et expensi.

§ 94. Творчество древне-римскаго формализма не остановилось на стипуляціи, но создало еще четвертую форму,—актъ, сила котораго была основана на письменномъ документѣ. Въ то время какъ въ сферѣ обыденныхъ сношеній укоренялось mutuum, въ дѣловыхъ сношеніяхъ коммерческихъ круговъ установился обычай, заимствованный у Грековъ, вести приходо-расходныя книги, въ которыхъ отмѣчались денежныя полученія и выдачи. Въ эпоху пуническихъ войнъ эти книги были уже извѣстны и вскорѣ вошли въ употребленіе въ частныхъ домахъ. Приходо-расходная книга (codices accepti et expensi) стала принадлежностью каждаго исправнаго домохозяина (bonus pater familias), и хранилась имъ, вмѣстѣ съ другими документами, въ особой счетной компатѣ (tablinum). Сумма, взятая взаймы, вписывалась кредиторомъ въ расходъ, должникомъ—въ приходъ. При уплатѣ долга оба производили соотвѣтствующую запись въ противоположныхъ графахъ. Запись въ приходъ называлась acceptilatio, запись расхода — expensilatio. Записи, совершенныя при дачѣ денегъ взаймы, основывали обязательство заемщика. Основаніе такого обязательства заключалось не въ фактѣ передачи денегъ, но въ самой записи. Сила договора коренилась, стало-быть, въ написанномъ словѣ, какъ сила стипуляціи—въ словѣ произнесенномъ. Написанное слово производило такое же рѣшительное впечатлѣніе, какое производилось словомъ, торжественно произнесеннымъ. Отсюда самое названіе—литтеральный контрактъ. Такое формальное значеніе записи было явленіемъ національно-римскимъ. Литтеральная форма была отвлеченна и растяжима не менѣе стипу-

212) *Paul.* Sent. rec. II, 14. 2; *Dig.* 12. 6 fr. 26 § 1; 42. 1 fr. 27; *Cod.* 4. 32 fr. 26 § 4; ср. *Dig.* 12. 6 fr. 26 pr. и *Cod.* 4. 32 l. 18.

213) *Gai.* III, 128—130; *Gide*, Observations sur le contrat litteris, 1873; *Walter*, § 605; *Voigt*, II § 34.

ляціонной формы; въ нее могли облекаться другія обязательства, помимо заемныхъ. Гай приводитъ двѣ категоріи случаевъ этого рода. Вопервыхъ, долгъ кого-либо по куплѣ-продажѣ, найму и т. п. переводился въ заемное обязательство litteris (transscriptio a re in personam). Для этой цѣли каждая изъ сторонъ, кредиторъ и должникъ, дѣлали по двѣ записи. Первый отмѣчалъ должную сумму какъ бы полученною и потомъ какъ бы выданною взаймы, другой отмѣчалъ ее какъ бы уплаченною и какъ бы полученною взаймы. Acceptilatio въ книгѣ одного соотвѣтствовала expensilatio въ книгѣ другаго. Другой случай состоялъ въ томъ, что долгъ одного лица переводился на другое лицо, наприм., долгъ D предъ K, переводился, съ согласія всѣхъ участвующихъ лицъ, на D′ (transcriptio a persona in personam). Здѣсь приходилось совершить шесть записей. K записывалъ должную сумму полученною отъ D и выданною D′; D записывалъ ее уплаченною K и полученною отъ D′; наконецъ D′ отмѣчалъ ее полученною отъ K и уплаченною D. Подобно этому могъ быть совершенъ переводъ кредиторскаго права съ одного лица на другое, такъ что D переставалъ быть должникомъ K и становился должникомъ K′. Для этой послѣдней цѣли D писалъ должную сумму въ расходъ и въ приходъ, какъ будто она была уплачена имъ K и вновь получена отъ K′; K отмѣчалъ ее какъ полученную отъ D и отданную K′, а этотъ послѣдній какъ полученную отъ K и отданную D. Во всѣхъ названныхъ случаяхъ записи могли содержать соглашенія о срокѣ и процентахъ. При возникновеніи судебнаго спора истцу нужно было предъявить свои книги и какимъ-либо образомъ доказать, что отвѣтчикъ былъ согласенъ на сдѣланныя записи.

L. a. per condictionem.

§ 95. Въ 450 году Кней Флавій, писецъ Аппія Клавдія, знаменитаго цензора 442 года, смѣлымъ поступкомъ положилъ конецъ таинственности понтификальной юрисдикціи [214]). Онъ

214) *Liv.* 9. 46.... civile ius, repositum in penetralibus pontificum, evulgavit, fastosque circa forum in albo proposuit, ut, quando lege agi posset, sciretur.... *Dig.* 1. 2 fr. 2 § 36; *Cic.* pro Murena, 11. 25. *Niebuhr*, Römische Geschichte III, глава: Cn. Flavius.

кредитора. Тяжесть такого случая всецѣло несъ на себѣ должникъ, какъ собственникъ занятой вещи [204]).

По выраженію римскихъ юристовъ, въ mutuum должникъ *re obligatur*, откуда самое названіе этого акта реальнымъ. Въ сущности, это «реальное» начало не было новымъ началомъ въ правѣ. Въ наиболѣе древнемъ правѣ nexum рождало обязательство потому, что при nexum должникъ *получалъ* нѣчто отъ кредитора. Идея договора,—идея обязательства, основаннаго на соглашеніи, на волѣ сторонъ, была чужда тому праву. Эта идея была далеко отъ своего полнаго выраженія и въ стипуляціи; должника обязывало въ ней торжественное слово, но не соглашеніе. Въ mutuum идея соглашенія просвѣчивалась относительно яснѣе, но одно соглашеніе безъ реальнаго основанія, т. е. безъ полученія, почиталось еще неимѣющимъ юридической силы. Такимъ образомъ mutuum воспроизвело въ себѣ это первоначальное основаніе оборотнаго обязательственнаго права. Mutuum составляло прогрессивное явленіе въ исторіи права. Но прогрессъ состоялъ не въ образованіи реальнаго начала, которое было присуще еще nexum; прогрессъ состоялъ въ устраненіи всякой обязательной формы договора. Способъ совершенія mutuum не былъ предписанъ. Въ этомъ отношеніи mutuum было первымъ неформальнымъ актомъ въ области обязательственнаго права, точно такъ же, какъ простая передача вещи (traditio) была первымъ неформальнымъ способомъ пріобрѣтенія въ области вещнаго права (стр. 168).

Проценты.

§ 93. Nexum было сдѣлкою домашнею, mutuum представляло сдѣлку торговую. Проценты при mutuum устанавливались особымъ соглашеніемъ, въ формѣ стипуляціи [205]), и опредѣлялись обыкновенно по мѣсяцамъ. Обычный размѣръ ихъ — по одному въ мѣсяцъ или 12% годовыхъ, былъ потомъ обращенъ (преторомъ) въ законный maximum. Такимъ образомъ по вопросу о процентахъ и позднѣйшее (преторское) право подражало старому (квиритскому) праву, но, надо думать, дѣйствовало столь же безплодно, какъ и это послѣднее. Въ раз-

[204]) *Dig.* 44. 7 fr. 1 § 4; *Inst.* 3. 14 § 2.
[205]) *Dig.* 19. 5 fr. 24.

личныхъ мѣстностяхъ образовались путемъ обычая различныя нормы процентовъ, и, повидимому, онѣ нерѣдко превышали законную норму. Это надо заключить изъ того, что, ссылаясь на нихъ, юристы дѣлаютъ оговорку, по которой обычная норма процента допускалась лишь въ томъ случаѣ, если не противорѣчила закону [206]). Вышеуказанный максимумъ продержался до Юстиніана, который (528 г.) нашелъ возможнымъ уменьшить его наполовину, сдѣлавъ впрочемъ нѣкоторыя отступленія отъ общаго правила. Такъ, торговцамъ и хозяевамъ промышленныхъ заведеній было дозволено давать взаймы изъ 8%, лица изъ ранга illustres должны были довольствоваться четырьмя процентами, отъ крестьянъ нельзя было требовать болѣе 4% [207]). Рядомъ со всѣмъ этимъ у юристовъ императорскаго періода дѣйствовало правило, по которому ростъ процентовъ прекращался, какъ скоро неуплаченная процентная сумма достигала размѣровъ капитальной суммы, и запрещался вычетъ процентовъ изъ капитальной суммы впередъ, а равно запрещался анатоцизмъ, т. е. причисленіе неуплаченной процентной суммы къ капиталу и взиманіе особыхъ процентовъ на этотъ придатокъ [208]). Юстиніанъ (529 г.) запретилъ даже такой анатоцизмъ, который, въ обходъ закона, устанавливался не въ первоначальномъ договорѣ, но особыми соглашеніями въ концѣ каждаго процентнаго періода [209]). Въ наказаніе за ростовщичество Діоклетіанъ (290 г.) установилъ безчестіе [210]), а Өеодосій подтвердилъ въ своемъ кодексѣ древній штрафъ quadruplum (386 г.) [211]). Кромѣ того, въ противоположность древности, взиманіе процентовъ сверхъ законной мѣры пріобрѣло безусловно-запрещенный характеръ: соглашеніе о томъ было юридически-недѣйствительно. Поэтому должникъ могъ отказаться

---

[206]) *Dig.* 22. 1 fr. 1 pr. (Pap.): Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat. — *Dig.* 17. 1 fr. 10 § 3 (Ulp.):... in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentatur

[207]) *Cod.* 4. 32 l. 26 §§ 1 и 2; *Nov.* 34.

[208]) *Dig.* 12. 6 fr. 26 § 1; 42. 1 fr. 27.

[209]) *Cod.* 4. 32 l. 28.

[210]) *Cod.* 2. 11 l. 20.

[211]) *Cod. Th.* 2. 33 l. 2.

Фестъ, rupitias обозначало «нанесетъ вредъ», sarcito—«пусть вознаградитъ». Изъ этого заключаютъ, что въ XII таблицахъ было нѣкоторое, повидимому, общее постановленіе, въ которомъ предписывалось вознаградить за вредъ, нанесенный незаконно чужому имуществу. Извѣстно также постановленіе XII таблицъ, которымъ опредѣлено взысканіе за деревья, срубленныя незаконно, по 25 ассовъ — за каждое; за сломанную кость у чужаго раба назначалось 150 ассовъ; взыскивалось также за поджогъ чужихъ строеній и амбаровъ, за заговоръ чужихъ полей, за потраву (см. стр. 93 сл.). Отъ Ульпіана мы знаемъ, что помимо постановленій XII таблицъ были и другіе законы по тому же самому предмету и всѣ они, вмѣстѣ съ вышеозначеннымъ общимъ постановленіемъ XII таблицъ, были отмѣнены закономъ Аквилія. Другихъ, только что перечисленныхъ нами постановленій XII таблицъ, Аквиліевъ законъ не касался. Изданіе этого закона относится ко времени третьей цессіи плебеевъ. Онъ состоялъ изъ трехъ главъ. По первой главѣ [217]), кто *убивалъ* незаконно чужаго раба, рабыню или домашнее животное (quadrupedem quae pecudum numero sit), тотъ обязывался уплатить хозяину высшую рыночную стоимость убитаго за послѣдній годъ. Юристы потомъ тщательно опредѣляли, что̀ именно слѣдуетъ понимать въ данномъ случаѣ подъ домашнимъ животнымъ [218]); они не включали сюда дикихъ звѣрей, а равно собакъ, ограничивая кругъ животныхъ, предусмотрѣнныхъ первою главою закона, только животными съ непосредственнымъ хозяйственнымъ значеніемъ. Пораненіе этихъ животныхъ (равно рабовъ и рабынь) каралось по третьей главѣ закона. По той же главѣ [219]) взыскивалось за убійство и пораненіе всякихъ другихъ животныхъ и вообще за поврежденіе прочихъ вещей. Взысканіе по 3-й главѣ полагалось въ размѣрѣ высшей цѣны предмета за послѣдній мѣсяцъ. Впрочемъ слово «высшій» (plurimi) было пропущено въ законѣ и, повидимому, только съ Сабина устано-

[217]) *Dig*. 9. 2 fr. 2 pr.
[218]) *Dig*. 9. 2 fr. 2 § 2; *Gai*. III. 210. 217; *Inst*. 4. 3 § 1.
[219]) *Dig*. 9. 2 fr. 27 § 5.

вилось правило, по которому въ этомъ случаѣ примѣнялся тотъ же пріемъ оцѣнки, что и въ случаяхъ первой главы [220]).

Аквиліевъ законъ, объединивъ постановленіе о вредѣ, нанесенномъ чужому имуществу, далъ матеріалъ для построенія новаго понятія damnum iniuria datum. Въ своемъ первоначальномъ видѣ оно было далеко отъ той разработки въ которой мы встрѣчаемъ его во время классической юриспруденціи. L. Aquilia преслѣдовала вредъ (damnum) corpori corpore datum, т. е. только тѣлесный вредъ и притомъ лишь причиненный путемъ тѣлеснаго прикосновенія [221]). Позднѣйшимъ юристамъ пришлось поработать надъ устраненіемъ этого ограничительнаго условія. Понятно, что преслѣдовался только вредъ, причиненный незаконно (damnum iniuria datum); такъ, напримѣръ, убійство разбойника или вора не вмѣнялось въ вину [222]). Павелъ высказываетъ то общее правило, что дозволяется отражать насиліе насиліемъ [223]). При тушеніи пожара можно сломать безнаказанно зданія, сосѣднія съ горящими, чтобы положить предѣлъ распространенію огня [224]). Если буря загонитъ судно между чужими якорными канатами, то для спасенія судна, когда нѣтъ другаго выхода, дозволяется разрубить канаты [224a]).

Damnum iniuria datum составляла образованіе въ новомъ духѣ. Идея уголовнаго возмездія исчезаетъ: провинность влечетъ за собою не штрафъ, а гражданское удовлетвореніе.

Кромѣ вышеизложеннаго въ Аквиліевомъ законѣ содержались еще постановленія объ отвѣтственности адстипуляторовъ, о чемъ мы сказали прежде (стр. 206).

III. Ослабленіе формализма: фидуція [225]).

Форма.

§ 97. Говоря о томъ, какъ ограничивалась область уголовнаго возмездія, мы познакомились также съ первыми важными

220) *Gai.* III. 218; *Dig.* 9. 2 fr. 29 § 8.
221) *Gai.* III. 219.
222) *Dig.* 9. 2 fr. 4. 5 pr
223) *Dig.* 9. 2 fr. 45 § 4.
224) *Dig.* 9. 2 fr. 49 § 1.
224a) *Dig.* 9. 2 fr. 29 §§ 3.
225) *Gai.* II. 59. 60; *Paul.* II. 13.

выставилъ на форумѣ распредѣленіе дней на судебные и несудебные (календарь) и обнародовалъ исковыя формулы. Составленіе сборника этихъ послѣднихъ (ius Flavianum) приписываютъ самому Аппію Клавдію. Ранѣе, чѣмъ случилось сказанное событіе, тонкій и искусственный формализмъ, которымъ отличалась понтификальная юриспруденція, не могъ находить себѣ особенное поощреніе въ юрисдикціи свѣтскихъ магистратовъ. Ближе понтифовъ они стояли къ интересамъ практической жизни. Начиная съ V-го столѣтія наклонность къ формализму вообще стала падать въ римскомъ обществѣ; оживленный оборотъ съ иностранцами расшевелилъ мысль юриста. Изъ этого оборота перешли въ Римъ вышеприведенныя новыя формы договора: стипуляція — изъ Лаціума, mutuum — изъ Сициліи, codices — изъ Греціи. — Вѣроятно, съ появленіемъ этихъ договоровъ было связано образованіе новой формы судопроизводства l. a. per condictionem [215]). Отличительная черта ея состояла въ томъ, что истецъ обращался къ отвѣтчику и торжественно приглашалъ его явиться чрезъ 30 дней къ претору для принятія судьи. По предположенію (Келлеръ, Іерингъ, Фойгтъ), такое обращеніе происходило безъ участія магистрата (extra ius). Если это предположеніе справедливо,—а оно во всякомъ случаѣ весьма вѣроятно,—то значеніе новой формы судопроизводства состояло въ томъ, что она сокращала число обязательныхъ явокъ сторонъ къ претору; при расширившихся предѣлахъ римской территоріи такое обстоятельство было не послѣдней важности. Вмѣстѣ съ тѣмъ сокращалась и торжественная процедура. Съ окончательнымъ паденіемъ, во 2-й половинѣ V вѣка, оффиціальнаго господства понтифовъ въ юриспруденціи l. a. per condictionem должна была послужить претору главнымъ орудіемъ въ дальнѣйшемъ развитіи права. По свидѣтельству Гая, который уже не помнилъ о причинахъ введенія этой формы иска, она была установлена двумя законами. L. Silia, происхожденіемъ отъ 510 г. или, можетъ

---

[215]) *Gai.* IV. 13. 18—20.
Keller, Der römische Civilprocess, § 18; *Ihering*, § 47c; *Voigt*, Das Vadimonium, стр. 327—330; *Baron*, Die Condictionen, 1881.

быть, болѣе ранняго, установила ее для взысканія по требованіямъ опредѣленной суммы денегъ (c. certae creditae pecuniae); l. Calpurnia (513 г.?) — для взысканія по требованіямъ опредѣленнаго количества предметовъ другаго рода (condictio triticaria). Какъ и въ сакраментальной формѣ судопроизводства, предметъ требованія долженъ былъ опредѣляться точно (certum). Самое отношеніе, по которому происходило требованіе, должно было состоять въ обязательствѣ одной изъ сторонъ дать что либо въ собственность (dare); истецъ утверждалъ, что отвѣтчикъ долженъ передать ему въ собственность такую-ту сумму денегъ или такое-то количество иныхъ предметовъ. Вліяніе сакраментальной формы высказалось еще и въ слѣдующемъ: при c. certae creditae pecuniae стороны давали взаимно, одна другой, обѣщаніе уплатить, въ случаѣ проигрыша дѣла, штрафъ въ размѣрѣ третьей части иска. Это было подобіе сакрамента, но только штрафъ поступалъ здѣсь не въ пользу казны, но въ пользу стороны, выигравшей процессъ. Совершенно своеобразная черта новой формы иска состояла, повидимому, въ томъ, что ею не требовалось точное обозначеніе основанія иска (causa), т. е. точное обозначеніе того отношенія, по которому происходило требованіе. Было достаточно, если истецъ просто утверждалъ, что отвѣтчикъ долженъ ему столько-то, не обозначая, какъ именно возникъ этотъ долгъ: изъ стипуляціи, изъ займа или инымъ путемъ. Эта отвлеченная форма иска содѣйствовала развитію обязательственнаго права, давая претору возможность оказывать, въ формѣ l. a. per condictionem, судебную защиту обязательствамъ, вновь нарождавшимся въ оборотѣ. Позднѣе изъ этого источника развилась кондикція (condictio) или отвлеченный искъ для защиты обязательствъ (Баронъ).

4. *Lex Aquilia*. (467 г. ?) [216]).

Damnum injuria datum.

§ 96. У Феста мы находимъ между прочимъ толкованіе двухъ словъ: rupitias и sarcito. Въ законахъ XII таблицъ, говоритъ

[216]) *Leg. XII tab.* VIII. 5. 11; *Gai.* III. 210 — 219; *Inst.* 4. 3; *Dig.* 9. 2.

Pernice, Lehre von der Sachbeschädigung, 1867; *Sell*, Die actio de rupitiis sarciendis, 1877.

дѣйствовала юриспруденція. Во всякомъ случаѣ искусственное построеніе фидуціарной сдѣлки содѣйствовало тому, что мысль пріучалась различать форму и существо сдѣлки.

Впрочемъ это различеніе было проведено до конца не сразу. Лицо, получившее вещь на сохраненіе или въ закладъ, продолжало быть собственникомъ ея и тогда, когда удерживало ее долѣе, чѣмъ слѣдовало. Таково было дѣйствіе манципаціи и цессіи. Но если вещью овладѣвалъ послѣ того тотъ, кто долженъ былъ бы получить ее обратно, то онъ пріобрѣталъ ее вновь въ свою собственность путемъ давности. Для такой давности какъ относительно движимостей, такъ и недвижимостей было достаточно годичнаго срока и давности не препятствовало то обстоятельство, что давностный владѣлецъ завѣдомо владѣлъ чужою вещью. И то, и другое составляло уклоненіе отъ нормальнаго типа давности, но оно допускалось, очевидно, какъ средство смягчить несправедливость, которая была обусловлена формою фидуціарной сдѣлки.—Фидуціарныя сдѣлки практиковались еще во время классическихъ юристовъ. Къ этому времени сложился рядъ правилъ, которыя должны были примирить юридическія послѣдствія фидуціи съ ея дѣйствительнымъ назначеніемъ. По Павлу, сюда относится слѣдующее. Если фидуціарный залогоприниматель (кредиторъ) продалъ данный ему закладъ, то залогодатель (должникъ) имѣлъ право потребовать отъ него superfluum, т. е. вырученное сверхъ того, что̀ пошло на удовлетвореніе долга; слѣдуетъ думать, что сначала такого права не существовало и кредиторъ, въ случаѣ неуплаты долга, удерживалъ заложенную вещь всецѣло у себя. Если долгъ былъ безпроцентный, то кредитору позволялось пользоваться доходами съ заложенной вещи въ размѣрѣ законныхъ процентовъ; слѣдуетъ думать, что сначала кредиторъ пользовался безусловно заложенною вещью. Если заложенъ былъ рабъ, то все пріобрѣтаемое этимъ рабомъ принималось кредиторомъ въ погашеніе долга; вѣроятно, сначала такого правила не существовало. Съ другой стороны, классическая юриспруденція заботилась объ обезпеченіи интересовъ кредитора. Кредиторъ, въ случаѣ неуплаты долга, всегда имѣлъ право продать заложенную вещь, если

не желалъ оставить ее у себя. Именно Павелъ говоритъ: «если кредиторъ и должникъ согласятся о томъ, чтобы первый не продавалъ вещи, то, въ случаѣ несостоятельности должника, кредиторъ можетъ, все таки, отчудить вещь, предупредивъ о томъ торжественно должника».

симптомами ослабленія формализма въ сдѣлкахъ. Это движеніе въ правѣ заслуживаетъ тѣмъ бо́льшаго вниманія, что приведенными формами далеко не исчерпывается все то, что намъ извѣстно относительно неформальныхъ сдѣлокъ въ V и VI столѣтіяхъ; слѣдуетъ отнести къ этому времени также появленіе фидуціи. Не трудно было замѣтить, что все развитіе квиритскихъ обязательствъ группировалось на почвѣ заемныхъ отношеній. Законодательство о процентахъ и о судопроизводствѣ per manus iniectionem выросло на этой почвѣ; стипуляція и codices были первоначально формами займа; mutuum было заемъ. На той же почвѣ зародился одинъ изъ случаевъ, извѣстныхъ подъ именемъ фидуціи. Заемщикъ, въ видахъ обезпеченія своего долга, уступалъ кредитору какую-либо изъ своихъ вещей. Уступка происходила въ формѣ манципаціи или цессіи и переносила на кредитора право собственности. При этомъ происходило особое соглашеніе, въ которомъ опредѣлялась цѣль уступки; въ силу соглашенія пріобрѣтатель вещи (кредиторъ) былъ ограниченъ въ распоряженіи своимъ правомъ. Онъ удерживалъ заложенную вещь у себя до уплаты долга и долженъ былъ возвратить ее должнику по уплатѣ долга; возвращеніе тоже облекалось въ форму манципаціи или цессіи. Если должникъ оказывался неисправнымъ, то кредиторъ удерживалъ заложенное у себя на правѣ полной собственности.

Въ такой же точно формѣ совершалась поклажа. Собственникъ вещи уступалъ ее въ собственность (манципація) другому лицу, обыкновенно своему пріятелю, для сохраненія. Этотъ послѣдній обязывался хранить ее и возвратить по первому требованію.

Наконецъ въ той же формѣ могло устанавливаться замѣщеніе одного лица другимъ (представительство). Предположимъ, что А долженъ былъ передать какую-либо вещь С; А и С находились въ разныхъ мѣстахъ и свиданіе было для нихъ затруднительно. Въ такомъ случаѣ А передавалъ (манципація) сказанную вещь третьему лицу, В, съ тѣмъ чтобы онъ, въ свою очередь, передалъ ее посредствомъ новой манципаціи С, для каковой цѣли В или отправлялся къ С или наоборотъ

дожидался его прибытія. B былъ представителемъ или A, или C, т. е., другими словами, или онъ получалъ отъ A порученіе доставить вещь C, или же онъ имѣлъ отъ C порученіе принять вещь отъ A.

Такимъ образомъ торжественная передача права собственности стала употребляться для особыхъ цѣлей: для установленія заклада, поклажи, представительства. Это особое назначеніе передачи обозначалось въ соглашеніи, которое сопровождало передачу. Повидимому, сначала такое соглашеніе не имѣло никакой юридической силы. Оно основывалось на довѣріи дававшаго къ принимавшему, откуда и названіе—fiducia. Юридически принявшій вещь былъ ея собственникомъ и могъ поступить съ нею, какъ ему угодно. Но употребленіе вещи, не отвѣчающее фидуціи, составляло нарушеніе довѣрія (fides) и могло навлечь на получившаго вещь безчестіе. Со временемъ фидуція получила юридическую защиту. Невозвращеніе вещи, отданной на сохраненіе, стали интерпретировать, какъ furtum. Отсюда позднѣйшее извѣстіе о томъ, что по законамъ XII таблицъ, искъ о поклажѣ велъ къ взысканію duplum. Какъ сложилась впервые защита фидуціи — заклада осталось неизвѣстнымъ. Позднѣе, ко времени Цицерона, фидуція получила для своей защиты особый искъ, actio fiduciae; этотъ искъ относился къ разряду тѣхъ исковъ, разбирая которые судья судилъ «по совѣсти». (ср. гл. XV).

Историческое значеніе.

§ 98. Историческое значеніе фидуціи интересно и разнообразно. Юридическая защита фидуціи была новымъ шагомъ въ дѣлѣ разрушенія формализма. Значеніе фидуціарной сдѣлки опредѣлялось не по значенію торжественнаго акта (mancipatio, in i. cessio), совершеннаго въ ней, но согласно съ цѣлями, которыя выражались помимо торжественнаго акта. Торжественный актъ получилъ новое, условное значеніе; съ виду происходила передача собственности, на самомъ же дѣлѣ въ ней разумѣли установленіе заклада или поклажи. Эта искусственность была плодомъ жизненнаго стремленія—ввести въ оборотъ иныя формы подъ прикрытіемъ старыхъ, уже признанныхъ формъ; она была плодомъ того консерватизма, съ которымъ

съ манципаціей и съ извѣстною группою правоотношеній стала разсматриваться, какъ исключительное *качество* этихъ вещей. и, можетъ быть, только въ это время установился опредѣленный смыслъ названія res *nec* mancipi, выражавшаго отрицаніе въ этихъ вещахъ сказаннаго качества. Манципація не была примѣнена къ вещамъ nec mancipi, хотя еще во время Плинія существовала потребность въ примѣненіи къ нимъ торжественныхъ способовъ передачи. Съ другой стороны, traditio не примѣнялась въ то время къ вещамъ mancipi и даже по отношенію къ неманципаціоннымъ вещамъ не уравнивалась во всемъ съ торжественнымъ способомъ пріобрѣтенія права собственности[227]); когда же, позднѣе, преторъ допустилъ передачу манципаціонныхъ вещей посредствомъ простой традиціи, то онъ долженъ былъ, все таки, отказать пріобрѣтателю въ квиритскомъ правѣ.

§ 100. Постепенно стало сказываться вліяніе территоріальнаго расширенія гражданскаго оборота. Юридическіе акты, которые могли совершаться только въ Римѣ, представляли все болѣе и болѣе затрудненій, какъ скоро совершавшіе ихъ находились внѣ Рима. Такъ было съ актами, имѣвшими своимъ предметомъ семейственныя отношенія: усыновленіе въ формѣ arrogatio (предъ народнымъ собраніемъ) и adoptio (предъ преторомъ), увольненіе изъ подъ отцовской власти (emancipatio, съ участіемъ претора) и церковный бракъ (confarreatio, предъ великимъ понтифомъ), — всѣ эти акты представляли затрудненія для сельскихъ жителей и по одной этой причинѣ выходили изъ употребленія. Тѣ же затрудненія повторялись относительно нѣкоторыхъ чисто-гражданскихъ и судебныхъ актовъ, а именно относительно виндикаціи и образованной изъ нея цессіи. Но выходъ изъ затрудненія въ этомъ случаѣ предстоялъ иной. Отъ виндикаціи Римлянину нельзя было отказаться, какъ отъ формы, существенно необходимой для защиты собственности; приходилось ограничиться преобразованіемъ виндикаціи въ видъ, наиболѣе удобный для употребле-

Упрощеніе виндикаціи.

[227]) Такъ, въ отличіе отъ манципаціи, съ традиціей не соединялась обязанность лица, отчуждающаго вещь, вознаградить пріобрѣтателя въ случаѣ эвикціи; при традиціи нельзя было установить узуфруктъ посредствомъ deductio.

нія [228]). По первоначальному обряду, когда споръ шелъ о такой вещи, которую нельзя было принести въ судъ, преторъ и стороны отправлялись на мѣсто нахожденія вещи и тамъ происходили manum consertio и виндикація (стр. 82) При расширеніи римской территоріи и умноженіи судебныхъ дѣлъ, этотъ порядокъ сталъ неудобенъ для претора. Тогда выработался, путемъ обычая, новый порядокъ. Тяжущіеся являлись въ судъ и тамъ приглашали другъ друга отправиться къ спорному предмету (ex iure manum consertum vocare). По приказанію претора они отправлялись туда одни, безъ претора, но въ сопровожденіи каждый своихъ свидѣтелей; достигнувъ мѣста своего назначенія, производили тамъ мнимую борьбу, въ результатѣ которой одна изъ сторонъ приводилась другою стороною какъ бы насильно въ судъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ въ судъ захватывали съ собою какой-нибудь предметъ, представлявшій спорную вещь, наприм., одну овцу изъ всего стада, обломокъ колонны зданія или корабля, глыбу земли и т. п. Надъ принесеннымъ предметомъ происходила виндикація. Такимъ образомъ преторъ былъ освобожденъ отъ необходимости оставлять комиціумъ и отправляться къ предмету спора; сторонамъ же приходилось по прежнему двукратно являться въ судъ. Со временемъ это послѣднее обстоятельство показалось также неудобнымъ. Тогда тяжущіеся, вовсе не являясь предварительно въ судъ, стали отправляться къ спорному предмету, представляли тамъ борьбу и потомъ, захвативъ съ собою часть этого предмета, направлялись въ судъ. Однако, сохраняя торжественность процедуры иска, тяжущіеся повторяли на судѣ взаимное приглашеніе къ отправленію мѣста нахожденія спорнаго предмета; но, сдѣлавъ такое приглашеніе, они ограничивались тѣмъ, что тутъ же, на судѣ, представляли пантомимной борьбу и потомъ переходили къ виндикаціи. Такой именно порядокъ дѣйствовалъ еще при Цицеронѣ. Ко времени Гая послѣдовало повидимому новое упрощеніе: стали ограничиваться простымъ доставленіемъ въ судъ частей спорнаго предмета, надъ которыми и происходила виндикація.

---

[228]) *Aul. Gell* Noct. attic. XX. 10; *Gai.* IV § 17; *Festus,* superstites; *Cicero*, pro Caecina, c. 1, 7, 8, 32; pro Murena, c. 12, pro Tullio, c. 16. *Ortolan*, § 1864.

X.

Развитіе вещнаго и наслѣдственнаго права послѣ изданія XII таблицъ.

О развитіи гражданскаго права, за предѣлами обязательствъ, послѣ XII таблицъ мы можемъ привести только немногія и разрозненныя данныя. Отчасти здѣсь дѣйствовали тѣ же причины, что и въ развитіи обязательства; отчасти другія причины оказали здѣсь свое вліяніе.

Распространеніе виндикаціи.

§ 99. Развитіе рынка и связанное съ нимъ паденіе уголовнаго возмездія сказалось въ примѣненіи виндикаціи къ защитѣ права собственности на вещи nec mancipi. Мы видѣли, что ко времени изданія XII таблицъ въ области частнаго обладанія имуществомъ образовался особенный видъ собственности — mancipium; его предметомъ были res mancipi, способомъ установленія—mancipatio, способомъ судебной защиты—rei vindicatio. Простая передача вещи (traditio), которая, въ противоположность манципаціи, не была облечена въ обязательную форму (ср. выше, стр. 168), служила на случай перехода изъ рукъ въ руки вещей, не включенныхъ въ число res mancipi.

Довольно долго долженъ былъ просуществовать древній строй экономической жизни Рима безъ важныхъ измѣненій; но мало по малу въ гражданскій оборотъ проникли новые предметы и стали вращаться въ немъ на ряду съ вещами mancipi. Народное сознаніе и сознаніе самихъ юристовъ должны были освоиться съ тою мыслію, что traditio способна служить средствомъ передачи правъ на вещи, назначенныя не только для

личнаго потребленія, но и для торговли, за исключеніемъ, конечно, вещей mancipi, которыя остались при своемъ способѣ — mancipatio. Къ тому же оживленіе торговаго рынка шло главнымъ образомъ изъ за-границы: во внутренній римскій оборотъ новые предметы проникали благодаря содѣйствію иностранцевъ, съ ними же обмѣнъ могъ производиться только путемъ traditio. Вотъ откуда, вѣроятно, идетъ позднѣйшее извѣстіе о томъ, что традиція принадлежитъ къ ius gentium.— Итакъ пріобрѣтеніе традиціей юридическаго характера, болѣе опредѣленнаго и важнаго, нежели прежде, было первымъ послѣдствіемъ того измѣненія въ торговомъ рынкѣ, которое имѣло мѣсто вѣка черезъ два-три послѣ изданія XII таблицъ. Второе послѣдствіе того же факта состояло въ томъ, что почувствовали неудовлетворительность защиты, принятой издавна относительно вещей nec mancipi. Исключеніе уголовнаго взгляда изъ этой области и распространеніе на нее виндикаціи стало теперь рѣшительною необходимостью. Представленіе о виндикаціи было оторвано отъ представленія о манципаціи; было признано, что traditio вещи nec mancipi ведетъ къ полной квиритской собственности (dominium ex iure Quiritium), которая защищается чрезъ виндикацію. Вмѣстѣ съ этимъ стало возможно примѣненіе къ вещамъ nec mancipi и in iure cessio, ибо этотъ послѣдній способъ былъ преобразованною виндикаціей.

Единое право собственности.

Такимъ образомъ исчезъ древній дуализмъ права собственности и наступило то состояніе, къ которому относятся слова Гая [226]), разсказывающаго, что «когда-то» (olim) въ Римѣ была только одна собственность; всѣ вещи одинаково стали предметомъ гражданскаго оборота и древнее дѣленіе ихъ на двѣ категоріи потеряло смыслъ. Однако съ этимъ дѣленіемъ сжилась мысль юриста и юристы сохранили его, насколько сохранить были въ состояніи. То, что прежде оправдывалось практическими соображеніями, теперь превратилось въ необходимое безусловно, само по себѣ,—представленіе о порядкѣ, долго существовавшемъ, превратилось въ представленіе о законѣ, который стоитъ внѣ воли человѣка. Связь вещей mancipi

---

[226]) II. 40.

Usucapio pro herede.

§ 101. Не въ одномъ упрощеніи формъ сказалось территоріальное расширеніе гражданскаго оборота; въ другихъ случаяхъ потребовались нововведенія съ болѣе положительнымъ характеромъ. Въ особенности послѣдующій періодъ былъ богатъ такими учрежденіями, но нѣкоторыя изъ явленій этой категоріи принадлежали повидимому уже V столѣтію. Сюда именно относится одно изъ нововведеній наслѣдственнаго права. Продолжительныя отлучки гражданъ изъ мѣстъ ихъ постояннаго жительства умножались, а мѣстопребываніе наслѣдниковъ и безъ того не совпадало часто съ мѣстопребываніемъ наслѣдодателя. Отъ этого вступленіе наслѣдниковъ въ права наслѣдства замедлялось и наслѣдственныя имущества подолгу оставались безъ хозяина, такъ что никто не совершалъ жертвенныхъ поминовеній по душѣ умершаго ихъ обладателя и кредиторамъ его не отъ кого было получать по его долгамъ. Такія неудобства подлежали устраненію. Предки наши, говоритъ Гай[229]), желали, чтобы вступленіе въ наслѣдство совершалось въ каждомъ случаѣ по возможности быстрѣе, дабы былъ на лицо кто-либо приносящій жертвы по усопшему — о чемъ въ тѣ времена весьма заботились — и дабы кредиторы наслѣдственной массы имѣли, съ кого взыскивать по долгамъ. Въ этихъ видахъ дозволялось каждому желающему завладѣть наслѣдственною массою и, провладѣвъ ею всего одинъ годъ, пріобрѣсти ее для себя, какъ наслѣдникъ (usucapio pro herede[230]); до истеченія же года истинный наслѣдникъ, посредствомъ принадлежащаго ему иска (hereditatis petitio), могъ отобрать свое наслѣдство отъ завладѣвшаго имъ. Весь этотъ оригинальный порядокъ свидѣтельствуетъ намъ еще объ извѣстной крѣпости общинно-родовыхъ отношеній во время его возникновенія. *Юридически* завладѣть наслѣдствомъ могъ любой гражданинъ, по желанію; на дѣлѣ же это завладѣніе должно было состоять подъ ближайшимъ контролемъ родичей и вообще лицъ, близкихъ къ умершему наслѣдодателю, а затѣмъ и всего общества. Общественное мнѣніе указывало, кто въ каждомъ дан-

---

229) II. 55.
230) *Gai.* II. 52.

номъ случаѣ, за отсутствіемъ ближайшихъ наслѣдниковъ, имѣлъ преимущественное право на захватъ наслѣдства, такъ что этотъ захватъ, на видъ произвольный, служилъ на самомъ дѣлѣ средствомъ регулированія наслѣдственныхъ отношеній. Безъ такого контроля весь институтъ завладѣнія наслѣдствомъ, въ томъ видѣ какъ онъ описанъ выше, состоялъ бы въ противорѣчіи съ основными началами общественности.

Вліяніе городской жизни.

§ 102. Развитіе гражданскаго оборота обусловлено въ немалой степени развитіемъ городской жизни. Это—новая область сравнительно съ эпохою изданія XII таблицъ. Время изданія XII таблицъ—время господства сельскаго быта у Римлянъ; децемвиры отнеслись со вниманіемъ къ поземельнымъ отношеніямъ, но почти не интересовались постройками; въ XII таблицахъ городская жизнь—на второмъ планѣ. Правило о пятифутовой межѣ примѣняется въ нихъ къ застроеннымъ участкамъ; запрещается изымать изъ чужаго зданія (точно такъ же, какъ и изъ виноградника) свое бревно, какимъ-либо образомъ туда попавшее (tignum iunctum); содержится еще нѣсколько полицейскихъ постановленій, обезпечивающихъ городъ отъ пожара, и т. п.—и только. Развитіе городской жизни совершается послѣ XII таблицъ. Съ половины пятаго столѣтія начинаются въ Римѣ огромныя постройки на общественный счетъ; раньше этого Римъ успѣлъ уже стать большимъ городомъ. Въ отношеніяхъ домохозяевъ должны были повториться нужды, подобныя тѣмъ, которыя прежде обнаружились въ отношеніяхъ сосѣдей-землевладѣльцевъ. Возникли городскіе сервитуты (servitutes praediorum urbanorum) [231]) и права по сосѣдству.

Городскіе сервитуты.

Изъ сервитутовъ болѣе раннимъ было, можетъ быть, право проводить *сточныя трубы* чрезъ участокъ сосѣда или въ его каналъ (serv. cloacae mittendae). Этотъ сервитутъ, единственный изъ городскихъ сервитутовъ, имѣетъ для своей защиты особый интердиктъ. Близко къ нему подходитъ право на устройство *стока дождевой воды съ крыши* на сосѣдній дворъ (s. stillicidii), или на устройство для такой воды *общаго спуска* на дворъ сосѣда, цѣлымъ *потокомъ* (s. fluminis). Можетъ быть только въ VI

[231]) *Voigt*, сочин., указ. въ прим. 134.

вѣкѣ возникли слѣдующіе сервитуты, выражающіе нѣкоторую роскошь и прихоть. Сюда относятся: право *выдвинуть балконъ* надъ границей, уперевъ его въ чужую стѣну или утвердивъ его на столбахъ, поставленныхъ на чужой землѣ (s. oneris ferendi), къ чему въ императорское время прибавилось право *упереть въ сосѣднюю стѣну балки* (s. tigni immitendi); — право *выдвинуть надъ границей* верхнія части зданій или балокъ *безъ всякой опоры* (s. proiciendi);—права, обезпечивающія видъ и свѣтъ. Въ императорское время эти послѣднія представлялись въ слѣдующихъ видахъ: право требовать отъ сосѣда, чтобы никакимъ способомъ (застройкою, посадкою деревьевъ) онъ не заграждалъ *свѣта* (s. ne luminibus officiatur), чтобы онъ не заграждалъ *вида* (s. ne prospectui officiatur), чтобы не возводилъ постройки *свыше извѣстной мѣры* (s. altius non tollendi) въ интересахъ сохраненія вида или свѣта. Опуская указанія на сервитуты, не вполнѣ ясныя [232]), упомянемъ еще о правѣ всылать въ атмосферу сосѣдняго участка *дымъ* въ необычномъ количествѣ (s. fumi immitendi).

Поземельные сервитуты.

По образованіи своемъ, городскіе сервитуты были отнесены юристами въ одну группу съ сервитутами сельскими. Это были сервитуты поземельные, т.-е. такіе, которые вызывались нуждами не лицъ, но поземельныхъ участковъ, городскихъ или сельскихъ. Они допускались при сосѣдствѣ двухъ участковъ, изъ которыхъ одинъ служитъ по сервитуту (praedium serviens), а другой господствуетъ (praedium dominans). Но сосѣдство не слѣдовало понимать въ буквальномъ смыслѣ. Такими сервитутами, каковы право прохода, проѣзда, водопровода, вида, свѣта и т. п. могли быть связаны и не пограничныя другъ къ другу имѣнія. Нужно было только, чтобы не существовало препятствій къ сообщенію ихъ. Сервитутъ вида на отдаленные участки имѣлъ смыслъ, если до установленія своего онъ существовалъ уже по отношенію къ промежуточнымъ участкамъ; то же надо сказать и о другихъ, названныхъ выше сервиту-

---

[232]) Къ такимъ сервитутамъ, не вполнѣ выясненнымъ, относятся: s. altius tollendi, s. officiendi luminibus, s. stillicidii non avertendi vel recipiendi; см. статью *Cohn'a* въ Archiv für die civ. Praxis, 1881, стр. 344—368.

тахъ. Кромѣ того дорожные сервитуты могли существовать, когда оба имѣнія, господствующее и служащее, были связаны общественною дорогою и т. п.—Во всѣхъ поземельныхъ сервитутахъ наблюдалось то, чтобы причина, ихъ образовавшая, отличалась постояннымъ характеромъ (causa perpetua); нужда господствующаго имѣнія должна быть постоянна, а не случайна, и столь же постоянна должна быть способность служащаго участка удовлетворять этой нуждѣ.—Названія: «городскіе» и «сельскіе» сервитуты образовались по мѣсту возникновенія самихъ сервитутовъ. Но потомъ это не мѣшало тому, что сельскіе сервитуты примѣнялись также въ городахъ, а городскіе—въ селахъ. Городской сервитутъ служилъ нуждамъ застроеннаго участка, гдѣ бы таковой ни находился, тогда какъ сельскій сервитутъ удовлетворялъ такимъ нуждамъ участка, которыя существовали независимо отъ построекъ.

Права по сосѣдству.

§ 103. Развитіе городской жизни внесло также свой вкладъ въ образованіе правъ по сосѣдству. Правило, по которому никто не долженъ былъ примыкать къ общей стѣнѣ водопровода или ванны, порождающихъ въ стѣнѣ сырость, вѣроятно, было не единственное, изъ соблюдавшихся въ городскомъ общежитіи. Но особеннаго вниманія заслуживаютъ двѣ формы. Одною изъ нихъ собственникъ ограждался отъ вреда, грозившаго ему вслѣдствіе неисправнаго состоянія сосѣдняго участка или строенія (cautio damni infecti, гл. XIV), другою—отъ вреда, который могъ быть нанесенъ ему во время произведенія сосѣдомъ построекъ (operis novi nuntiatio, § 31). Обѣ формы были выработаны преторскимъ правомъ; можно лишь догадываться, что въ квиритскомъ правѣ существовали для нихъ прецеденты. Общая, наиболѣе характеристическая черта обѣихъ формъ состоитъ въ томъ, что заинтересованное лицо само заботится предупредить собственника зданія или стройки объ опасности, которою грозятъ эти послѣднія. Этотъ собственникъ не обязанъ самъ заботиться о чужихъ интересахъ, но обязанъ уважить ихъ, какъ скоро они заявлены ему.

XI

Разцвѣтъ преторскаго могущества.

(VI и VII стол.)

I. Юрисдикція претора перегриновъ [233]).

§ 104. Шестое столѣтіе характеризуется необыкновеннымъ оживленіемъ гражданско-юридическаго творчества. Это было началомъ критическаго періода въ исторіи римскаго гражданскаго права, когда въ немъ, соотвѣтственно со всѣмъ теченіемъ римской жизни, обнаружился рѣшительный переломъ. Переживъ тяжелую годину галльскаго погрома (364 г.), Римъ двинулся по пути завоеваній и къ концу V вѣка былъ уже властелиномъ Италіи. Въ 490 г. началась первая пуническая война, открывшая собою серію тѣхъ войнъ, которыя превратили римскую державу изъ италійской во всемірную. Вмѣстѣ съ тѣмъ росли торговыя сношенія Римлянъ съ иностранцами. Сначала въ этихъ сношеніяхъ Римляне выступали по преимуществу покупщиками и товары привозились къ нимъ морскимъ путемъ. Съ пятаго столѣтія Римъ особенно наполняется иностранцами и постепенно самъ втягивается во всемірную торговлю. Въ VI вѣкѣ появляется уже римское торговое кораблестроеніе и мореплаваніе. Съ половины VI вѣка, съ окончаніемъ второй пунической войны (553 г.), развитіе торговли дѣлаетъ самые быстрые успѣхи.

Переломъ въ исторія права.

Распространеніе на иностранцевъ римской правоспособности, въ формѣ дарованія commercium'а путемъ договоровъ (стр.

Наплывъ иностранцевъ.

233) *Voigt*, II; *Боголѣповъ*, Значеніе общенароднаго гражданскаго права, 1876.

172 слѣд.) перестало поспѣвать за такимъ быстрымъ движеніемъ. Предъ римскимъ судомъ выросъ серьозный вопросъ о подсудности массы иностранцевъ, среди которыхъ множество не владѣло правоспособностью ни въ одной изъ тѣхъ формъ, которыя были выработаны предшествующею исторіею (гл. VII). Частное гостепріимство было не въ состояніи охватить такую массу иностранцевъ, которая теперь появилась въ Римѣ. Крайне неудобно было бы безусловное примѣненіе стариннаго начала политической исключительности, т. е, оставленіе иностранцевъ, пребывавшихъ въ Римѣ, на произволъ судьбы, безъ всякой юридической защиты; неприглядность и невыгоду такого образа дѣйствій должны были сознать уже давно, по крайней мѣрѣ въ отношеніи къ подданнымъ государствъ, хотя и дружественныхъ (amici), но не вступившихъ съ Римомъ ни въ какое соглашеніе о commercium и recuperatio.

Интердикты. Можетъ быть, преторъ въ такихъ случаяхъ помогалъ дѣлу посредствомъ экстра-ординарныхъ приказаній, обращенныхъ къ нарушителямъ общественнаго покоя; если преторъ приказывалъ кому-либо сдѣлать что-нибудь, напр., выдать захваченную вещь (restituere, exhibere), то приказаніе называлось декретомъ, если же приказывалось воздержаться отъ какихъ-нибудь дѣйствій, напр., не осквернять священнаго мѣста, или не выказывать насилія, то приказаніе называлось интердиктомъ. Позднѣе оба вида приказаній слились подъ общимъ именемъ интердиктовъ и послужили къ образованію особой формы судопроизводства [234]). Въ этой формѣ рекуператоры судили наряду съ обыкновенными римскими судьями, изъ чего можно заключить, что интердикты примѣнялись относительно перегриновъ такъ же, какъ и относительно римскихъ граждан. Впрочемъ, такъ или иначе, но главное заключается въ томъ, что относительно перегриновъ преторъ былъ предоставленъ самому себѣ и, въ интересахъ общественнаго спокойствія и правосудія, уступая требованіямъ развивавшейся жизни, долженъ былъ создать юридическую защиту для всѣхъ иностранцевъ, пребывающихъ въ Римѣ.

---

[234]) *Gai.* IV. 138 слѣд.

Praetor peregrinus.

§ 105. Въ началѣ VI столѣтія (507 г.) былъ учрежденъ второй преторъ [235]) и тутъ же, или вскорѣ послѣ того, на него была перенесена юрисдикція по дѣламъ Римлянъ съ перегринами и перегриновъ между собою (praetor peregrinus). Иностранный гражданскій оборотъ получилъ такимъ образомъ свой собственный органъ, въ которомъ обособился видимо. Правосудіе въ этой области не стѣснялось законами, такъ какъ римскіе законы относились къ однимъ римскимъ гражданамъ; начало политической исключительности не допускало, чтобы всѣ перегрины безъ разбора пользовались цивильнымъ правомъ, т. е. правомъ Квиритовъ, составлявшимъ особенное достояніе Римлянъ [236]). Съ другой стороны, это право уже не было въ состояніи удовлетворить всѣмъ требованіямъ жизни, которою управлялъ новый преторъ. Цивильное право— право формальное; его сдѣлки отличались торжественностью и тяжеловѣсностью, неподходящими для живаго торговаго оборота; въ этихъ сдѣлкахъ соединялись вмѣстѣ такіе акты, которые теперь было удобнѣе раздѣлить (напр., въ манципаціи соединялись вмѣстѣ купля-продажа и передача вещи); цивильное право не знало многихъ институтовъ, существенно необходимыхъ въ торговой жизни: предствительство, наемъ, товарищество, страхованіе, осложненіе договоровъ срокомъ, условіемъ и т. п. были ему еще или вовсе неизвѣстны, или же зарождались въ формѣ неполной и неудовлетворительной. Наконецъ основной принципъ, по которому цивильное право оцѣнивало гражданское поведеніе отдѣльныхъ лицъ, представлялся несовершеннымъ: этотъ принципъ былъ все еще очень близокъ къ старому началу уголовной мести и мало усвоилъ идею вмѣняемости; его примѣненію не была свойственна также растяжимость (индивидуализація), необходимая для того, чтобы справедливо охватить все разнообразіе отношеній, возникающихъ въ торговой жизни. Претору перегриновъ было необходимо формулировать право самостоятельнымъ путемъ и онъ

---

235) *Dig.* 1. 2. fr. 2 § 28.

236) *Gai.* I. 1..... quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile.

направился по этому пути, какъ мы видѣли, не совсѣмъ по-вому въ иностранной юрисдикціи.

Вліяніе цивильнаго права.

Разумѣется, ни претору, ни юристамъ нельзя было совершенно оторваться отъ римской почвы. Юридическія воззрѣнія, въ которыхъ они были воспитаны, вліяли на тѣ воззрѣнія, которыя они выработывали самостоятельно. Слѣдъ этого сохранился еще у Цицерона, который, напримѣръ, называетъ цивильными именами греческіе институты: гипотеку онъ называетъ фидуціей, заемъ съ процентами faenus [237]). Непосредственное заимствованіе изъ цивильнаго права ограничилось впрочемъ постановленіями о деликтахъ. Такъ, въ спорахъ съ перегринами примѣнялись старый искъ о воровствѣ (a. furti по XII tab.), Аквиліевъ искъ о поврежденіи чужаго имущества (a. legis Aquiliae [238]), и, вѣроятно, старый искъ объ оскорбленіяхъ (a. iniuriarum по XII tab.), впослѣдствіи преобразованный преторомъ. Цивильные иски примѣнялись къ перегринамъ посредствомъ фикціи, которая включалась въ формулу иска: «si civis romanus esset», т. е. судьѣ предписывалось отнестись къ перегрину такъ же, какъ если бы онъ былъ римскимъ гражданиномъ.

Ius peregrinum.

Рядомъ съ заимствованіями изъ римскаго цивильнаго права шли заимствованія изъ иностранныхъ правъ (ius peregrinum). Такія заимствованія сохранились въ большомъ числѣ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ и, надо думать, многіе изъ нихъ прошли въ Римъ чрезъ юрисдикцію претора перегриновъ. Такъ, благодаря авторитету греческаго права, получилъ признаніе обычай давать задатки (arrabo, arrha) при заключеніи сдѣлокъ, особенно купли-продажи. Изъ Греціи же былъ заимствованъ не позже VII столѣтія [239]) законъ острова Родоса о предметахъ, выбрасываемыхъ съ судна въ море во время бури (lex Rhodia de iactu [240]),—законъ, вошедшій передъ тѣмъ въ греческое торговое право. По этому закону, убытокъ, происшедшій отъ гибели сказанныхъ предметовъ, распредѣлялся пропорціонально между всѣми лицами, которыя

---

[237]) Pro Flacco, 21. 51.
[238]) *Gai.* IV. 37
[239]) *Dig.* 14. 2. fr. 2 pr. § 3.
[240]) *Dig.* 14. 2.

имѣли товаръ на суднѣ. Изъ Греціи же, вѣроятно, перешло въ Римъ страхованіе (въ формѣ займа) товаровъ, отправляемыхъ за море (faenus nauticum) [241]). Отношеніе этого вида состояло въ томъ, что заемщикъ, получивъ деньги, пересылалъ ихъ (или товаръ, пріобрѣтенный на нихъ) за море и освобождался отъ всякой отвѣтственности по своему долгу, если посланное погибало во время перевозки. Другими словами, рискъ лежалъ на кредиторѣ, который за то не былъ стѣсненъ на время перевозки законнымъ maximum'омъ относительно процентовъ. Обыкновенный заемъ (mutuum), распространившійся скоро и въ отношеніяхъ самихъ Римлянъ (гл. IX), слѣдуетъ также причислить къ тѣмъ сдѣлкамъ, которыя преторъ перегриновъ заимствовалъ изъ ius peregrinum (отъ Сикулійцевъ) [242]). Но и на заимствованіяхъ изъ иностранныхъ постановленій нельзя было основать искомое право. Непосредственное примѣненіе иностраннаго права въ Римѣ было удобно только въ случаѣ его значительнаго распространенія, или же тогда, когда оба тяжущіеся происходили изъ одной страны, — и во всякомъ случаѣ лишь тогда, когда постановленіе иностраннаго права было извѣстно самому претору. Магистратамъ, судившимъ въ провинціяхъ, въ этомъ отношеніи было открыто болѣе широкое поле дѣйствія; для претора въ Римѣ такого простора не существовало.

Ius gentium.

Дѣятельность претора перегриновъ сосредоточилась преимущественно на самостоятельномъ юридическомъ творчествѣ. Плодомъ его былъ новый, особый правовой порядокъ, извѣстный подъ именемъ общенароднаго (гражданскаго) права (ius gentium). Это право обняло всю область торговыхъ отношеній: право собственности на движимости и, въ особенности, права по обязательствамъ изъ договоровъ были главнымъ предметомъ его опредѣленій. Оно подняло значеніе неторжественной передачи вещи (traditio), основанной на куплѣ-продажѣ, и сообщило особенное развитіе длинному ряду новыхъ сдѣлокъ, каковы разные виды займа, купля-продажа, наемъ,

---

241) *Dig.* 22. 2.

242) *Varro*, de lingua latina 5. 179.

порученіе, товарищество, ссуда, поклажа и многія другія. Скудость данныхъ почти никогда не дозволяетъ указывать съ увѣренностью, какова именно, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, была относительно всѣхъ этихъ сдѣлокъ роль общенароднаго права; если нѣкоторыя, какъ купля-продажа или наемъ, могли быть обязаны ему даже своимъ происхожденіемъ, то — другія создавались подъ одновременнымъ, параллельнымъ вліяніемъ цивильнаго и общенароднаго права. Но какъ бы то ни было, въ общемъ вліяніе этого послѣдняго было громадное. Торговыя сдѣлки и торговое право преимущественно ему были обязаны своимъ развитіемъ. Общенародное право возвѣстило, въ качествѣ основныхъ, новыя начала. Сдѣлки отрѣшились въ немъ отъ торжественности и формализма, на мѣсто чего сталъ свободный выборъ формы и толкованіе сдѣлки по ея дѣйствительному смыслу. Поведеніе контрагентовъ оцѣнивалось съ точки зрѣнія вѣрности данному слову (fides), добросовѣстности (bona fides) и вообще справедливости (aequitas).

Таково было «общенародное» гражданское право (ius gentium). Уже въ шестомъ вѣкѣ оно должно было сдѣлать большіе успѣхи. Два обстоятельства характеризовали его развитіе и имѣли существенное вліяніе на исторію всего гражданскаго права: вопервыхъ, та самостоятельность, съ которою дѣйствовалъ преторъ перегриновъ, вовторыхъ, обширность той области, которая была отдана въ его непосредственное завѣдываніе. Изъ этихъ двухъ явленій первое существовало уже много раньше. Издавна магистратъ, завѣдывавшій судомъ, не былъ стѣсненъ никакими прямыми ограниченіями въ отношеніи перегриновъ: законъ регулировалъ судопроизводство по тяжбамъ гражданъ и не касался тяжбъ перегриновъ. Но только къ VI вѣку для проявленія такой самостоятельности претора открылась необычайно широкая область. Съ этого времени юрисдикція претора перегриновъ, заслонивъ юрисдикцію городскаго претора, выдвинулась на первый планъ. Она стала главнымъ центромъ всей юридической жизни; здѣсь стала получать воспитаніе судебная магистратура и юриспруденція. Самостоятельность судебнаго творчества и

судебной дѣятельности изъ факта исключительнаго стала фактомъ нормальнымъ, подъ вліяніемъ котораго вся работа юриста должна была пріобрѣсти еще небывалый, свободный характеръ.

Судопроизводство по формуламъ.

§ 106 [243]). Необыкновенному развитію юридическаго творчества содѣйствовало самое устройство суда. У претора перегриновъ не только удержалось, но пріобрѣло особое значеніе старо-римское дѣленіе суда на ius и iudicium и судебной процедуры на двѣ стадіи: in iure и in iudicio. Явившись въ комиціумъ, тяжущіеся объясняли свое дѣло претору или кому-нибудь изъ юрисконсультовъ, окружавшихъ претора. Узнавъ этимъ способомъ, въ чемъ заключаются домогательства сторонъ и на чемъ они основываютъ ихъ, преторъ опредѣлялъ, заслуживаютъ-ли вообще подобныя домогательства юридической защиты. Кто-либо жаловался, напримѣръ, что противникъ не возвращаетъ ему вещи, принятой въ поклажу, т.-е. на сохраненіе. Преторъ не разузнавалъ, былъ-ли въ данномъ случаѣ, дѣйствительно, совершенъ договоръ поклажи, но опредѣлялъ прежде всего, заслуживаетъ-ли вообще такой договоръ юридической защиты. Разрѣшивъ подобный вопросъ утвердительно, онъ признавалъ за стороною право на искъ и предлагалъ тяжущимся избрать судей или рекуператоровъ (recuperatores); позднѣе, когда этотъ новый видъ судопроизводства перешелъ въ юрисдикцію городскаго претора (см. ниже), мѣсто многихъ рекуператоровъ заступилъ единоличный судья (iudex). Въ руководство судьямъ составлялась письменная формула, примѣрно въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «Такіе-то назначаются рекуператорами», или (позднѣе) «такой-то назначается судьею. Если окажется, что А отдалъ на сохраненіе N такую-то вещь и злоумышленно не возвратилъ ея, то ты, судья, осуди N уплатить въ пользу А столько денегъ, сколько та вещь стоитъ. Если сказаннаго не окажется, то оправдай N» [244]). Получивъ формулу, судья приступалъ къ

---

[243]) *Wlassak*, Edikt und Klageform, 1882.

[244]) *Gai.* IV. 47:—iudex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. Si non paret, absolvito.

разбирательству по дѣлу, выслушивалъ и провѣрялъ доказательства, опредѣлялъ, существовали-ли въ данномъ случаѣ отношенія, существованіе которыхъ утверждали тяжущіеся, и сообразно съ раскрывшимися данными постановлялъ свой приговоръ.

Такимъ образомъ самое судоустройство и судопроизводство удалило отъ претора всѣ мелочныя заботы, связанныя съ фактическою провѣркой каждой тяжбы, и сосредоточило его вниманіе на юридической оцѣнкѣ притязаній, которыя предъявлялись тяжущимися. Для судьи судебная формула служила инструкціей, въ рукахъ претора она выражала актъ юридическаго творчества. Выдавая формулу, преторъ тѣмъ самымъ признавалъ, что извѣстное отношеніе заслуживаетъ юридической защиты, что обладатель этого отношенія долженъ имѣть искъ. Если было иначе, если кто-либо опирался на отношенія, неподлежащія защитѣ, то преторъ отказывалъ ему въ искѣ и о формулѣ не могло быть рѣчи. Составляя формулу, подыскивая для нея тѣ или другія выраженія, преторъ опредѣлялъ видъ вновь признаннаго правоваго отношенія. Такое творчество было казуальное, т. е. по поводу каждаго отдѣльнаго случая преторъ указывалъ, какого рода отношенія подлежатъ защитѣ и какія должны оставаться безъ нея. Дѣятельность претора перегриновъ воспроизвела, стало быть, тотъ стародавній порядокъ гражданскаго правосудія, который практиковался римскимъ судомъ съ самаго начала его существованія. Условія времени наложили впрочемъ свою печать на этотъ порядокъ. Въ древнѣйшее время творчество сосредоточивалось въ судебномъ рѣшеніи, т. е. въ послѣднемъ моментѣ каждаго процесса (§ 37); теперь же творчество проявлялось главнымъ образомъ въ началѣ процесса, при составленіи судебной формулы.

Такое измѣненіе не было случайностью. Въ немъ сказалось прежде всего относительно высокое умственное развитіе юриста. Онъ счелъ за нужное провести ясную грань между творчествомъ и примѣненіемъ права, между юридическою оцѣнкою притязаній и провѣркою ихъ фактическаго существованія. Первое составляетъ дѣло претора, второе лежитъ на обязан-

ности судьи; первое осуществляется въ судебной формулѣ, второе — въ судебномъ рѣшеніи. Если правовой порядокъ устрояется, какъ и въ древнѣйшее время, по поводу каждаго отдѣльнаго случая, то эта работа не сливается уже съ самимъ разбирательствомъ по дѣлу, но составляетъ отдѣльный отъ него актъ. Такое положеніе наиболѣе согласуется съ интересами тяжущихся. Во время разбирательства дѣла они не отвлекаются стремленіемъ убѣдить судью въ правомѣрности ихъ притязаній, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи главнѣйшихъ пунктовъ; имъ впередъ объявлено, что̀ сочтется заслуживающимъ защиты и что̀ не получитъ таковой, и они могутъ направить всѣ свои силы на убѣжденіе судьи въ фактической справедливости ихъ требованій.—Возможность знать впередъ ту юридическую мѣрку, по которой судъ будетъ мѣрить спорныя отношенія, составляетъ вообще важное условіе въ такомъ дѣятельномъ торговомъ оборотѣ, какой проходилъ предъ преторомъ. Потому естественно, что стремленіе къ этой возможности выразится со всею силою, хотя бы при этомъ пришлось отстранить на заднiй планъ самое казуальное творчество.

Album и эдиктъ.

§ 107. Дѣйствительно, творчество претора теряетъ постепенно свой казуальный характеръ и принимаетъ видъ законодательства.

Однородныя тяжбы повторялись предъ судилищемъ претора и формула, составленная въ одномъ случаѣ, служила образцомъ при составленіи формулы въ другомъ случаѣ. Въ видахъ экономіи труда образцовая формула записывалась на особую деревянную доску (album), которая выставлялась на форумѣ для всеобщаго свѣдѣнія. Въ такомъ видѣ формула получала значеніе юридической нормы, т. е. правила, заранѣе объявленнаго для цѣлаго ряда однородныхъ случаевъ. Только эта норма, благодаря своему происхожденію, имѣла своеобразный видъ судебной формулы, назначенной, какъ будто, для одного случая. Подобно тому, какъ это было уже раньше, предъ судилищемъ городскаго претора, у претора перегриновъ завелась длинная таблица (album) судебныхъ формулъ, выставленная во всеобщее свѣдѣніе. Имѣя намѣреніе даровать юридическую защиту какому-либо роду отношеній, преторъ не дожидался

теперь, чтобы представился предъ его судилищемъ случай спора о подобномъ отношеніи, но заранѣе составлялъ образцовую формулу, помѣщалъ ее въ таблицу и, въ случаѣ нужды, писалъ по ней формулы для отдѣльныхъ казусовъ, которые, время отъ времени, представлялись на его разрѣшеніе.

Итакъ важный шагъ былъ совершенъ. Занявъ положеніе законодателя въ подвѣдомственной сферѣ, преторъ заранѣе опредѣлялъ, что̀ подлежитъ и что̀ не подлежитъ судебной защитѣ. Оставалось усовершенствовать форму такихъ опредѣленій — и вотъ появляются постановленія претора или преторскій эдиктъ. Право на изданіе постановленій издавна принадлежало римскимъ магистратамъ (ius edicendi); сила этихъ постановленій прекращалась, какъ скоро издавшій ихъ покидалъ свой постъ. Въ началѣ каждаго должностнаго года, вступая въ отправленіе своихъ обязанностей, преторъ сталъ объявлять рядъ постановленій, указывая въ нихъ, въ какихъ случаяхъ онъ будетъ давать судъ. Преторскія постановленія имѣли, примѣрно, такую форму: «о поклажѣ, отданной на сохраненіе не во время народнаго смятенія, пожара, разрушенія или бури, я дамъ судъ для взысканія цѣнности поклажи; о поклажѣ, отданной при вышеназванныхъ обстоятельствахъ, я дамъ судъ: противъ самого поклажепринимателя—для взысканія вдвое противъ цѣнности поклажи, а противъ его наслѣдника такимъ образомъ: за ущербъ, причиненный поклажепринимателемъ, его наслѣдникъ платитъ цѣнность ущерба, за ущербъ же, причиненный имъ самимъ, онъ платитъ вдвое» [24]). Преторскій эдиктъ быстро наполнялся постановленіями. Теперь здѣсь слѣдовало искать юридическія нормы. Таблица судебныхъ формулъ продолжала существовать параллельно съ эдиктомъ, но судебныя формулы теряли свое прежнее значеніе. Онѣ обратились въ примѣры, поясняющіе эдиктъ. Это измѣненіе должно было начаться въ VI столѣтіи и, во всякомъ слу-

[24]) *Dig.* 16. 3 fr. 1 § 1: «Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo».

чаѣ, ко времени Цицерона, т. е. къ концу VII вѣка, эдиктъ составлялъ въ преторской юрисдикціи господствующій способъ формулированія права.

Послѣдующее соотношеніе.

§ 108. На основаніи всего сказаннаго, во время полнаго разцвѣта преторской юрисдикціи, процессъ формулированія права представлялся въ слѣдующемъ видѣ:

Эдиктъ.

1. На первомъ планѣ дѣйствовалъ преторскій эдиктъ. Это длинный рядъ постановленій, создающихъ «общенародное» гражданское право. Часть этихъ постановленій выросла изъ судебной практики претора и составляла обобщеніе или переложеніе судебныхъ формулъ, ранѣе редижированныхъ. Другая часть эдиктальныхъ постановленій возникла, какъ законъ, сразу въ видѣ юридической нормы. Каждый новый преторъ, вступая на свой постъ, принималъ эдиктъ своего предшественника (edictum tralatitium), исправляя и дополняя его, въ чемъ это представлялось нужнымъ. Между эдиктами различныхъ преторовъ установилась преемственная связь и преторскій эдиктъ пріобрѣлъ такимъ образомъ устойчивость. Законъ Корнелія (687) обязывалъ претора издавать свой эдиктъ въ самомъ началѣ своей претуры и не измѣнять впродолженіи года эдикта, однажды изданнаго. Таково было высшее обезпеченіе гражданскаго оборота относительно неизмѣнности юридическихъ нормъ, однажды объявленныхъ.—Юридическое значеніе эдикта было значеніе закона. Правда, настоящій законъ издавался народными собраніями и чертился на мѣдныхъ доскахъ, эдиктъ же представлялъ только волю магистрата, который самъ былъ обязанъ своею властью народу, и писался на (бѣлой) деревянной доскѣ (текстъ — черными, заглавіе — красными литерами). Но за этими внѣшними отличіями крылось существенное сходство. По существу своему юридическая норма эдикта не отличалась отъ юридической нормы закона. Такъ же, какъ и эта послѣдняя, она содержала общее правило, назначенное для разрѣшенія ряда однородныхъ столкновеній, ожидавшихся въ будущемъ. По необходимости она должна была, въ своихъ опредѣленіяхъ, отвлекаться отъ особенностей отдѣльныхъ случаевъ и предлагать среднюю мѣрку, разсчитанную на средній типъ лицъ и положеній. Именно здѣсь, въ области преторской

юрисдикціи, въ видѣ эдикта, законодательство получило въ гражданскомъ правѣ рѣшительный перевѣсъ надъ казуальною практикою. Въ преторской практикѣ развились среднія мѣрки. Такъ, отмѣняя сдѣлку, совершенную подъ угрозой, преторъ принималъ во вниманіе лишь такую угрозу, которая дѣйствовала на человѣка съ достаточно твердымъ характеромъ; когда кому-либо извинялось что-нибудь по его незнанію, то подразумѣвалось такое незнаніе, въ которое впадаетъ человѣкъ не особенно пытливый и не особенно небрежный; когда кому-нибудь ставилась въ вину его неосторожность, то обыкновенно подъ неосторожностью разумѣлось отсутствіе рачительности, вообще свойственной хорошему домохозяину и т. д., и т. д. (ср. гл. XX). Разумѣется, съ другой стороны, средняя мѣрка не составляла единственнаго способа оцѣнки образа дѣйствій контрагентовъ и тяжущихся.

album.

2. Параллельно съ эдиктомъ дѣйствовала таблица судебныхъ формулъ (album). Эти послѣднія служили какъ примѣры, поясняющіе постановленія эдикта. По прежнему онѣ публиковались во всеобщее свѣдѣніе, хотя утратили свой принципіальный интересъ и были нужны только въ качествѣ образцовъ при составленіи формулъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.—Впрочемъ иныя формулы не имѣли для себя соотвѣтствующихъ постановленій въ эдиктѣ. Таковы были формулы нѣкоторыхъ исковъ (напр. a. hypothecaria), а также формулы интердиктовъ, стипуляцій и эксцепцій. Формулы этого рода сохраняли свое прежнее значеніе: онѣ служили непосредственнымъ, хотя и несовершеннымъ, выраженіемъ юридическихъ нормъ.

Формулы in factum.

3. Римскіе юристы, даже въ императорское время, не смотрѣли на выработанную схему судебныхъ формулъ, какъ на нѣчто законченное. Они допускали, что въ случаѣ нужды, ради одного непредвидѣннаго казуса, можетъ быть составлена новая формула, не только не предусмотрѣнная таблицею, но вообще не подходящая ни подъ одно изъ постановленій эдикта [246]. Юстиніановъ сводъ (corpus iuris) богатъ указаніями на примѣры этого рода. Такимъ образомъ въ преторской практикѣ

---

246) *Cicero*, Topica, 8. 33; *Dig.* 19. 5 fr. 11 (Pomp.); fr. 1 (Papin.).

еще долго держался тотъ первоначальный, казуальный способъ юридическаго творчества, благодаря которому римское право сохраняло свою живучесть и способность къ развитію.

Порядокъ судопроизводства по формуламъ.

§ 109. Какъ видно изъ всего вышеизложеннаго, новое судопроизводство по формуламъ [247]) значительно отличалось отъ стараго судопроизводства per legis actiones. Въ старомъ судопроизводствѣ иски основывались на законѣ: только тѣ притязанія получали судебную защиту, которыя какимъ - либо образомъ могли быть подведены подъ слова закона. Напротивъ въ новомъ—преторъ былъ вполнѣ предоставленъ самъ себѣ и все судопроизводство было замѣчательно принаровлено къ условіямъ свободнаго юридическаго творчества. И въ другомъ отношеніи новый порядокъ отличался отъ стараго. Тяжущіеся были теперь избавлены отъ необходимости изъясняться на торжественномъ языкѣ; судоговореніе происходило безъ формализма, результаты же редижировались преторомъ въ письменной формулѣ. Такимъ образомъ письменная инструкція судьѣ заступила мѣсто торжественныхъ словесныхъ заявленій, которыя въ старомъ процессѣ произносились сторонами. Вначалѣ, когда еще не существовало достаточнаго запаса формулъ, активная роль должна была вполнѣ принадлежать претору; онъ выслушивалъ и распрашивалъ стороны, составлялъ формулу. Позднѣе, когда эдиктъ вмѣстилъ въ себя длинный рядъ формулъ, предусматривающихъ существеннѣйшіе казусы,— какъ скоро судебный споръ возникалъ именно по такому казусу,—активная роль до извѣстной степени вернулась къ тяжущимся, на которыхъ, какъ мы знаемъ, она лежала и въ старомъ цивильномъ судопроизводствѣ. Явившись съ отвѣтчи-

---

[247]) Подробное изложеніе судопроизводства по формуламъ со всѣми относящимися къ нему институтами (о многихъ изъ нихъ мы будемъ говорить на послѣдующихъ страницахъ) см. у *Keller'a*, Der römische Civilprocess und die Actionen, §§ 23 и слѣд.; *Bethmann-Hollweg*, Der römische Civilprocess, т. II; ср. также *Bekker*, Die Actionen, I и II. Для вопроса о вѣроятномъ происхожденіи и дальнѣйшей исторіи судопроизводства по формуламъ см. прежде всего руководство *Ortolan'a*, I, §§ 1909 и слѣд., гдѣ этотъ вопросъ разработанъ наиболѣе убѣдительно; ср. также учебникъ *Esmarch'a*, стр. 178 (2 изд.).

комъ къ претору (in ius), истецъ выбиралъ изъ списка формулу, подходящую къ его дѣлу, и сообщалъ ее отвѣтчику (actionis editio); если при этомъ истецъ нуждался въ знаніи какихъ-либо особыхъ обстоятельствъ, сообщить которыя ему могъ только его противникъ (напр., на какомъ основаніи этотъ послѣдній наслѣдовалъ первоначальному должнику), то онъ имѣлъ право допросить о нихъ отвѣтчика (interrogatio in iure). Послѣ того истецъ обращался къ претору съ просьбою дать ему искъ по избранной имъ формулѣ (actionis postulatio); преторъ выслушивалъ объясненія противной стороны и въ концѣ концовъ разрѣшалъ ходатайство истца (actionis impetratio), или давая истцу искъ (actionem dare), или отказывая въ немъ (actionem denegare). Если искъ былъ данъ, то составлялась формула (conceptio formulae). Позднѣйшіе юристы, напр., Гай, различали точно многія части судебной формулы; ученіе объ этихъ частяхъ вообще могло развиться лишь относительно поздно, когда судопроизводство по формуламъ было перенесено въ юрисдикцію городскаго претора. Вначалѣ же, въ юрисдикціи претора перегриновъ, могло образоваться опредѣленное понятіе развѣ о слѣдующихъ частяхъ формулы: 1) указаніе спорныхъ юридическихъ событій, обыкновенно сдѣлокъ, на которыхъ стороны основывали свои притязанія и отъ существованія которыхъ зависѣло удовлетвореніе сторонъ; трудно сказать, какъ называлась сначала эта часть формулы; позднѣе ее называли intentio, но, по формѣ своей, она походила не столько на intentio, въ позднѣйшемъ смыслѣ этого слова (см. ниже), сколько на то, что потомъ называлось *demonstratio*; 2) *condemnatio*, уполномочіе судьи на осужденіе и оправданіе отвѣтчика, смотря по обстоятельствамъ, имѣющимъ раскрыться, и 3) *adiudicatio*, уполномочіе судьи на присужденіе сторонамъ какой-либо вещи натурою; въ юрисдикціи претора перегриновъ эта часть формулы могла встрѣчаться въ искѣ о раздѣлѣ общаго имущества, пріобрѣтеннаго, напр., въ складчину (a. communi dividundo).

По составленіи и утвержденіи формулы дѣло переходило къ судьѣ. У претора оставался верховный надзоръ за его дѣятельностью. Въ случаѣ нужды преторъ назначалъ срокъ для окончанія разбирательства, понуждалъ медлительнаго судью,

или пріостанавливалъ теченіе дѣла; у претора судья испрашивалъ себѣ увольненіе; къ претору обращались судьи за разрѣшеніемъ всѣхъ недоразумѣній, которыя они могли встрѣтить при разборѣ дѣла; во избѣжаніе противорѣчивыхъ судебныхъ рѣшеній преторъ соединялъ въ рукахъ одного и того же судьи разбирательство по многимъ однороднымъ дѣламъ (напр., по искамъ многихъ лицъ, основанныхъ на одномъ договорѣ); преторъ передѣлывалъ формулу въ случаѣ измѣненій въ личностяхъ судьи или тяжущихся (назначеніе представителя, смерть одного изъ тяжущихся и т. п.).

II. Юрисдикція городскаго претора.

Основное предположеніе.

§ 110. Нашъ разсказъ исходитъ изъ того предположенія, что общенародное право и судопроизводство по формуламъ возникли впервые въ юрисдикціи претора перегриновъ. Ихъ рѣзкое отличіе отъ стараго цивильнаго права и судопроизводства служитъ главною опорою такого предположенія, которое не имѣетъ за себя прямыхъ подтвержденій въ источникахъ. Ius gentium и судопроизводство per formulas были слишкомъ оригинальными и цѣльными произведеніями для того, чтобы возникнуть въ судилищѣ городскаго претора путемъ постепенной переработки стараго порядка. Самый переходъ отъ торжественнаго судоговоренія (не чуждаго, какъ мы знаемъ, и рекуператорному процессу) къ письменному изложенію спора, въ видѣ формулы, долженъ былъ произойти предъ преторомъ перегриновъ тѣмъ легче, что среди перегриновъ письменность была распространена гораздо болѣе, нежели среди Римлянъ. Далѣе юристы противополагали новый порядокъ старому цивильному порядку слишкомъ рѣзко для того, чтобы мы могли допустить какое-либо близкое родство этихъ двухъ порядковъ. Только въ независимой и живой области, отданной подъ опеку особаго претора, могъ образоваться новый порядокъ, выдвинувшій впередъ принципы, столь мало извѣстные доброму старому времени.

Исходя изъ этого предположенія, дальнѣйшій историческій ходъ гражданскаго права мы представляемъ такимъ образомъ:

Раздвоеніе права.

Образованіе «общенароднаго» права привело къ тому, что на нѣкоторое время гражданское право на римской территоріи получило раздвоенное состояніе. Съ одной стороны, существовало цивильное или квиритское право, управляющее жизнью римскихъ гражданъ и тѣхъ перегриновъ, которые удостоились получить commercium или ius nexi mancipiique. Съ другой стороны, образовалось общенародное право или, вѣрнѣе, *римское* право для остальныхъ перегриновъ, пребывающихъ въ Римѣ. Ius civile было правомъ римскихъ гражданъ, ius gentium — правомъ всѣхъ свободныхъ лицъ, находящихся на римской территоріи. Первое было построено на началѣ политической исключительности, второе — на началѣ территоріальномъ. На римской территоріи существовали тогда какъ бы два гражданскія общества: одно римское, другое общенародное. Сами Римляне жили одновременно въ обоихъ обществахъ: въ своихъ взаимныхъ отношеніяхъ они руководствовались цивильнымъ правомъ, въ своихъ отношеніяхъ къ перегринамъ они подчинялись общенародному праву. На каждомъ шагу представлялся имъ случай дѣлать сравненіе обоихъ правъ и это сравненіе клонилось не въ пользу цивильнаго права. Новая жизнь успѣла охватить всецѣло и Римлянина, въ его домашней и общественной обстановкѣ, измѣнила его привычки, наклонности и міросозерцаніе. Богатства, внесенныя въ Римъ рядомъ побѣдоносныхъ войнъ, отклонили его гражданъ отъ упорнаго труда и скромнаго образа жизни и вовлекли ихъ въ пучину роскоши, наслажденій и въ сложную махинацію торговыхъ спекуляцій. Военно-земледѣльческій бытъ разрушался. Знакомство съ бытомъ, философіей и литературой другихъ странъ, особенно Греціи, перевернуло мысли и чувства римскаго общества. При такихъ условіяхъ самимъ Римлянамъ, въ ихъ взаимныхъ сношеніяхъ, старое цивильное право стало казаться отжившимъ и замѣна его новымъ правомъ — естественною и необходимою.

§ 111. Опытные въ отысканіи обходныхъ путей, городской преторъ и юристы находили способы провести въ право многія нововведенія еще при посредствѣ стараго судопроизводства.

Фикціи.

Сюда относилось, какъ кажется, искусственное распространеніе

судебныхъ исковыхъ формулъ стараго процесса (per legis actiones), посредствомъ фикцій, на новые случаи—способъ, о которомъ мы впрочемъ почти ничего не знаемъ. Фикціи состояли въ томъ, что случай, чѣмъ-либо отличающійся отъ того, который былъ предусмотрѣнъ въ данной формулѣ, разсматривался судьею, по приказанію претора, какъ совершенно подобный ему. Такъ, публиканъ, т. е. откупщикъ государственныхъ податей, имѣлъ искъ посредствомъ взятія залога (l. a. per pignoris capionem) противъ неисправнаго плательщика и этотъ послѣдній получалъ отобранный у него залогъ не иначе, какъ выкупивъ его за извѣстную плату. Преторъ нашелъ возможнымъ дать публикану противъ плательщика искъ для взысканія подати безъ всякаго взятія залога; въ этомъ случаѣ предписывалось судьѣ присудить отвѣтчика къ уплатѣ того, что пришлось бы ему внести публикану для выкупа залога въ томъ случаѣ, еслибы залогъ былъ взятъ[248]). Особенное значеніе получила, повидимому, sponsio praeiudicialis. Такъ называлась стипуляція, которая употреблялась спеціально для того, чтобы довести до суда споръ, по установившемуся порядку неподлежащій его разсмотрѣнію. Однажды два полководца спорили о томъ, кто изъ нихъ былъ истиннымъ виновникомъ побѣды, одержанной Римлянами надъ карфагенскимъ флотомъ подъ ихъ общимъ предводительствомъ. Одинъ изъ нихъ стипулировалъ отъ другого нѣкоторую, ничтожную сумму, на случай, если утверждаемое имъ окажется справедливымъ. Стипуляція открывала право на искъ. Судебный споръ былъ направленъ на взысканіе обѣщанной суммы, напр., 25 сестерцій; о предметѣ, на самомъ дѣлѣ, интересовавшемъ стороны, судья разрѣшалъ какъ объ обстоятельствѣ, отъ котораго зависѣло удовлетвореніе по иску. Происходило то же самое, что́ и въ древнѣйшемъ сакраментальномъ процессѣ, гдѣ формально споръ относился къ сакраменту, но не къ притязаніямъ сторонъ (стр. 83). Разница состояла лишь въ томъ, что сакраментальная сумма не была такъ ничтожна, какъ сумма, обѣщанная въ sponsio. Впрочемъ иногда и этой послѣдней при-

Sponsio praeiudicialis.

---

[248]) *Gai*. IV. 32.

давали бо́льшие размѣры и она тогда пріобрѣтала значеніе штрафа за неправую тяжбу, который одна сторона платила другой (sponsio poenalis, ср. стр. 214). Но и въ такомъ случаѣ юридическое построеніе тяжбы не измѣнялось и главнымъ предметомъ судебнаго спора оставался сказанный штрафъ. Для обезпеченія исполненія по тому предмету, который служилъ существенною подкладкою судебнаго спора, представлялось особое поручительство.

Римляне охотно прибѣгали къ sponsio и доводили до судебнаго разрѣшенія вопросы, какъ юридическіе, такъ и неюридическіе. Полководцы судились о томъ, кто изъ нихъ былъ побѣдителемъ въ сраженіи; тщеславные люди тягались такимъ же путемъ для разрѣшенія того «кто изъ нихъ лучше»; Клеопатра заключила sponsio и судилась съ Антоніемъ по поводу ихъ спора о томъ, кто приготовитъ наиболѣе дорогой ужинъ, и т. д. Тяжба per sponsionem играла въ такихъ случаяхъ ту же роль, какъ поединокъ нашего времени: она была дѣломъ чести и отказъ отъ нея противорѣчилъ обычаямъ чести. Разумѣется, не существовало никакого юридическаго принужденія къ заключенію подобныхъ sponsiones.—Напротивъ въ случаѣ гражданскихъ споровъ преторъ принуждалъ стороны (или, по крайней мѣрѣ, одну изъ сторонъ) къ заключенію sponsio. Эту

Интердикты. именно форму могло принять судопроизводство по интердиктамъ (стр. 230). Дѣла умножались и преторъ не могъ уже каждый разъ самъ разслѣдовать дѣло, прежде чѣмъ отдать нужное приказаніе (интердиктъ). Потому, получивъ жалобу потерпѣвшаго лица, преторъ поручалъ судьѣ или рекуператорамъ провѣрить обстоятельства, высказанныя въ жалобѣ, а чтобы судья имѣлъ юридическое основаніе для разсмотрѣнія такого дѣла, обжалованная сторона принуждалась къ стипуляціи (sponsio praeiudicialis); она обѣщала своему противнику дать столько-то, если утвержденіе этого послѣдняго окажется справедливымъ. Согласно съ тѣмъ, что̀ раскрывалъ судья, преторъ отдавалъ свое приказаніе (интердиктъ). Потомъ и эту, исполнительную часть процесса, претору пришлось сложить съ себя. Тогда, по полученіи жалобы, преторъ немедленно давалъ *условное* приказаніе на случай, если жалоба окажется справедливою, а что-

бы обезпечить повиновеніе сторонъ судебному приговору, каждая изъ нихъ должна была обѣщать другъ другу уплату извѣстной, болѣе или менѣе крупной суммы (sponsio и restipulatio poenalis) на тотъ случай, если проиграетъ дѣло. Истецъ платилъ эту сумму отвѣтчику, если судья рѣшалъ противъ жалобы; отвѣтчикъ платилъ истцу, если судья признавалъ ея справедливость, но могъ освободиться отъ платежа, исполнивъ (до постановленія рѣшенія) добровольно приказаніе (интердиктъ) претора.—Посредствомъ sponsio praeiudicialis преторъ преобразовалъ также многіе цивильные иски. Такъ произошло, вѣроятно, съ виндикаціей. Мы знаемъ, что первоначально виндикація содержала только требованіе о возвращеніи собственнику его вещи (стр. 102); требованіе о возвращеніи выгодъ (fructus), полученныхъ отъ вещи владѣльцемъ, осуществлялось разсчетомъ собственника съ особыми поручителями (стр. 103). Теперь самъ отвѣтчикъ сталъ одинаково отвѣтственъ по обоимъ требованіямъ. Судебное разбирательство происходило въ коллегіи центумвировъ и sponsio, въ суммѣ 125 сестерцій (lex Crepereia [249]), фигурировала рядомъ съ установленіемъ сакрамента. Отвѣтчикъ обѣщалъ торжественно, что въ случаѣ своего осужденія онъ возвратитъ истцу какъ вещь, такъ и полученное отъ нея (stipulatio pro praede litis vindiciarum, т. е., по объясненію Гая, pro re et fructibus). По ученію позднѣйшихъ юристовъ, владѣлецъ былъ отвѣтственъ предъ собственникомъ въ размѣрѣ всѣхъ выгодъ, полученныхъ имъ отъ вещи; сюда относятся: увеличеніе недвижимости вслѣдствіе намыва (alluvio), выгоды отъ найденныхъ кладовъ, приплодъ животныхъ и доходы, принесенные вещью. Не только полученное въ дѣйствительности, но то, что̀ вообще должно было получиться при разумномъ способѣ хозяйства [250]), взыскивалось съ владѣльца. Относительно возвращенія доходовъ позднѣйшіе юристы дѣлали различіе между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ владѣльцемъ: добросовѣстный владѣлецъ уплачиваетъ за всѣ плоды, пріобрѣтенные имъ послѣ litis

Виндикація.

---

[249]) *Gai.* IV. 95

[250]) *Dig.* 6. 1 fr. 33.

contestatio; изъ плодовъ же, собранныхъ до этого момента, онъ возвращаетъ лишь оставшіеся въ наличности (fructus exstantes); напротивъ недобросовѣстный владѣлецъ не имѣетъ такой льготы и отвѣтственъ вообще за всѣ плоды, которые онъ собралъ (fr. percepti) или долженъ былъ бы собрать (f. percipiendi). Тѣ-же правила дѣйствовали при искѣ о наслѣдствѣ (hereditatis petitio). Форма судопроизводства per sponsionem распространилась, надо думать, на всѣ вещные иски, и ее же приняла actio de certa pecunia,—искъ, возникшій, какъ мы видѣли, въ кондикціонной формѣ (стр. 214); сумма sponsionis равнялась въ этомъ случаѣ, по прежнему, одной трети спорной суммы.

Заимствованіе формулы и ius gentium.

§ 112. Городская претура не была учрежденіемъ, совершенно обособленнымъ отъ претуры перегриновъ. Одни и тѣ же личности занимали поочередно посты претора городскаго и перегриновъ; одни и тѣ же юристы произносили свои совѣты предъ обоими судилищами. Все болѣе и болѣе въ судилище городскаго претора должны были проникать новыя вѣянія. Можетъ быть, въ случаяхъ судопроизводства per sponsionem, городской преторъ примѣнилъ впервые судебную формулу. Съ другой стороны, онъ не могъ остановиться на этомъ судопроизводствѣ, какъ на послѣднемъ шагѣ своей реформаторской дѣятельности. Потребности гражданской жизни, которыя все настойчивѣй и настойчивѣй требовали себѣ полнаго удовлетворенія, не могли удовлетвориться процессомъ, въ которомъ существенное отодвигалось умышленно на задній планъ, а второстепенное занимало первое мѣсто, такъ что удовлетвореніе по иску достигалось лишь при помощи особаго поручительства, въ случаѣ же необходимости произвести оцѣнку спорнаго имущества приходилось прибѣгать къ новому суду (arbitrium litis aestimandae). Судопроизводство per sponsiones не годилось, когда въ одной тяжбѣ, сталкивались многія права: приходилось по поводу каждаго спорнаго права заключать особую sponsio. — Перенесеніе судебной формулы въ юрисдикцію городскаго претора становилось рѣшительною необходимостью. И вотъ, отчасти путемъ практики, отчасти по постановленію закона (l. Aebutia, неизв. года, и потомъ duae Iuliae Цезаря или Августа [231])

[231]) *Gai*. IV. 30.

формулярное судопроизводство получаетъ примѣненіе въ этой юрисдикціи. Городской преторъ заводитъ свою таблицу формулъ и свой эдиктъ. Дѣйствіе общенароднаго гражданскаго права распространяется на римскихъ гражданъ, въ ихъ взаимныхъ сношеніяхъ между собою. Уже въ VI вѣкѣ и во всякомъ случаѣ не позже начала VII вѣка началась эта реформа; ко времени Цицерона, т.-е. къ послѣднимъ десятилѣтіямъ VII вѣка она была совершившимся фактомъ.

Такимъ образомъ общенародное право изъ права особеннаго, созданнаго для общенароднаго оборота, сдѣлалось общимъ правомъ, какъ Римлянъ, такъ и иностранцевъ, пребывающихъ на римской территоріи. Точно такъ же и формулярное судопроизводство стало достояніемъ обѣихъ юрисдикцій: претора перегриновъ и городскаго. Вмѣстѣ съ другими атрибутами формулярнаго судопроизводства городской преторъ заимствовалъ институтъ рекуператоровъ, которые начали дѣйствовать въ его юрисдикціи рядомъ съ старыми «судьями» (iudices) и «посредниками» (arbitri)[252]. Впрочемъ мотивы этого послѣдняго заимствованія остаются совершенно неразъяснимыми. Строгая грань между юрисдикціями двухъ преторовъ стала сглаживаться. Однако воспоминаніе о ней сохранилось въ новомъ, своеобразномъ раздѣленіи судовъ (iudicia)[253]. Если судъ состоялъ изъ одного судьи, происходилъ въ городской чертѣ Рима и всѣ участвующіе въ немъ, какъ самъ судья, такъ и тяжущіеся принадлежали къ числу римскихъ гражданъ, то такой судъ назывался «законнымъ» (iudicium legitimum); если же одного изъ названныхъ признаковъ не доставало, если, стало быть, судъ состоялъ изъ многихъ рекуператоровъ, или же дѣйствовалъ внѣ городской черты, или же наконецъ судья, либо кто-нибудь изъ тяжущихся принадлежалъ къ перегринамъ, то такой судъ назывался «основаннымъ на преторской власти» (iudicium quod imperio continetur). Судъ перваго разряда, однажды назначенный, существовалъ безсрочно; судъ втораго разряда — только до тѣхъ поръ, пока сохранялъ свою власть

---

[252]) См., напр., у *Гая*, IV. 46, 141. 185.
[253]) *Gai.* IV. 103—109.

тотъ преторъ, который назначалъ этотъ судъ. При Цезарѣ или Августѣ законъ (lex Iulia, стр. 248) ограничилъ существованіе судовъ перваго разряда полуторагодовымъ срокомъ; съ другой стороны, съ прекращеніемъ каждогодной смѣны магистратовъ потеряло свое значеніе отличительное свойство судовъ втораго разряда.

Преобразованіе формулы.

§ 113. Перенесеніе формулы въ судопроизводство городскаго претора породило въ ней нѣкоторыя преобразованія.

1. Формула стала употребляться для защиты цивильныхъ правъ: для защиты квиритской собственности, наслѣдственнаго права и сервитутовъ; въ этихъ случаяхъ она называлась formula petitoria; далѣе—для защиты обязательствъ по стипуляціи, займу, литтеральному контракту, въ каковыхъ случаяхъ искъ назывался condictio (старая legis actio per condictionem); наконецъ—для защиты обязательствъ по деликтамъ. Въ своемъ новомъ употребленіи—для защиты цивильныхъ правъ — формула называлась *f. in. ius concepta*—основанная на правѣ. Подъ «правомъ технически разумѣлось цивильное право, въ противоположность преторскому праву, которое составляло не болѣе, какъ простой «фактъ», почему формула, основанная на преторскомъ правѣ, называлась *f. in factum concepta* [254]). Въ такой терминологіи еще разъ выразился консерватизмъ,—черта римской юриспруденціи, съ которой мы уже имѣли случай встрѣтиться (§ 80). Римскіе юристы допускали на практикѣ полное равенство цивильнаго и преторскаго права; они дозволяли этому послѣднему даже отмѣнять первое, но не признавали такого равенства открыто и не хотѣли преторскій порядокъ называть правомъ.

Основаніе для подобной терминологіи крылось также во внѣшнемъ видѣ формулъ. Указательная часть въ формулѣ *in ius concepta* называлась *intentio* и писалась такъ: «если окажется, что такая-то вещь, по праву Квиритовъ, принадлежитъ А....», или: «если окажется, что N долженъ дать А десять тысячъ сестерцій» [255]), т. е. въ intentio обозначалось

---

254) *Gai.* IV. 45 -47.

255) *Gai.* IV. 41.... «si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X millia dare oportere»; «quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere»; «si paret hominem ex iure Quiritium A. Agerii esse».

спорное *право* безъ подробнѣйшаго перечисленія какихъ-либо событій; по опредѣленію Гая, intentio выражаетъ желаніе (т. е. притязаніе) истца. Слова интенціи до извѣстной степени подражали словамъ торжественныхъ формулъ стараго судопроизводства; подробности объ этомъ впрочемъ неизвѣстны. Судья долженъ былъ знать, при какихъ условіяхъ данная вещь можетъ «принадлежать» (т. е. быть собственностью) А, или на основаніи какихъ-именно сдѣлокъ N можетъ стать должникомъ А, и затѣмъ разслѣдовать, существовали ли въ данномъ случаѣ такія условія и сдѣлки. Указательная часть въ формулѣ in factum concepta составлялась въ формѣ *demonstratio*, хотя и называлась также intentio (стр. 242) и писалась слѣдующимъ образомъ: «если окажется, что такой-то патронъ былъ призванъ въ судъ такимъ то вольноотпущенникомъ вопреки преторскому эдикту» [256], т. е. demonstratio обозначала *событія* (факты), на которыхъ истецъ основывалъ свое притязаніе. Судья долженъ былъ постановить свой приговоръ въ пользу истца, если открывалъ существованіе всѣхъ фактовъ, указанныхъ въ формулѣ. Впрочемъ сказанное различіе формулъ далеко не было безусловнымъ. И въ формулахъ in factum conceptae нерѣдко встрѣчались, кромѣ обозначенія «фактовъ», юридическіе термины, которые предполагали въ судьѣ юридическія познанія. Такъ, формула, только-что приведенная нами, обязываетъ судью знать, что̀ именно разумѣется подъ «призывомъ въ судъ», а формула, выписанная на стр. 235,— что̀ обозначается словами: «отдать на сохраненіе» и «злоумышленно». Въ другихъ формулахъ in factum употреблялись безпрестанно такіе техническіе термины, каковы: должная сумма (pecunia debita), власть (potestas), опекунъ (tutor), насиліе (vis), тайно (clam), купить (emere), продать (vendere) и т. д.

Части формулы.

2. Такимъ образомъ въ формулѣ обозначились четыре состав-

---

[256]) *Gai.* IV. 46.... «recuperatores sunto. si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium X millia condemnate. Si non paret absolvite.

ныя части: demonstratio, intentio, condemnatio adiudicatio [257]). Подъ demonstratio разумѣлось указаніе спорныхъ юридическихъ событій («фактовъ»), на которыхъ истецъ основывалъ свои притязанія: подъ intentio—указаніе правъ, которыя отыскивалъ истецъ; подъ condemnatio—уполномочіе судьи на осужденіе или оправданіе отвѣтчика; подъ adiudicatio—уполномочіе судьи на присужденіе сторонамъ какой-либо вещи натурою.—Въ различныхъ формулахъ эти части комбинировались различнымъ образомъ. Изъ указательныхъ частей употреблялась обыкновенно или demonstratio (f. in factum concepta) или intentio (f. in ius concepta); но иногда указанія на спорное право требовалось пояснить еще указаніемъ на какіе-либо особые факты, имѣвшіе значеніе въ данномъ случаѣ, и тогда къ intentio присоединялась demonstratio. Послѣдняя часть формулы состояла обыкновенно изъ condemnatio, къ которой, въ необходимыхъ случаяхъ, прибавлялась adiudicatio. Итакъ въ составъ формулы могли входить:

всѣ четыре части; такъ было въ случаѣ раздѣльныхъ исковъ, т. е. исковъ о дѣлежѣ наслѣдства (a. familiae ercisсundae), о дѣлежѣ общаго имущества (a. communi dividundo) и о возстановленіи межи (a. finium regundorum), напр.: «такой-то назначается судьею. По поводу того, что такой-то участокъ земли, о которомъ идетъ споръ, принадлежитъ Сею вмѣстѣ съ Лициніемъ, и Сей вызвалъ къ суду Лицинія съ требованіемъ о раздѣлѣ *(demonstratio)*; сколько, какъ окажется, по доброй совѣсти, будетъ слѣдовать присудить каждому изъ нихъ на счетъ другаго и осудить каждаго изъ нихъ въ пользу другаго *(intentio)*, столько ты, судья, присуди и на столько осуди *(adiudicatio* и *condemnatio)*; если не окажется, то оправдай» [258]);

три части: demonstratio, intentio и condemnatio; такъ было въ

---

[257]) *Gai* IV. 39—44.

[258]) ...iudex esto. Quod L. Seio cum Q. Licinio fundus Titianus, qua de re agitur, communis est, qua de re L. Seius Q. Licinium communi dividundo provocavit, quantum paret ob eam rem alteri ab altero adiudicari alterumve alteri condemnari oportere, ex fide bona, tantum iudex alteri ab altero adiudicato tantique alterum alteri condemnato, si non paret absolvito (см. *Keller*, прим. 458).

искахъ по обязательству, когда предметомъ его была не точно-опредѣленная сумма, но какое-либо другое дѣйствіе (a. incerti), напр.: «такой-то назначается судьею. По поводу того, что АА положилъ на сохраненіе у NN такую-то вещь, о чемъ теперь именно между ними идетъ тяжба *(demonstratio)*, сколько NN долженъ АА дать и сдѣлать (dare facere) по доброй совѣсти *(intentio)*, столько ты, судья, присуди съ NN въ пользу АА, если только онъ не возвратитъ вещи; если же сказаннаго не окажется, то оправдай *(condemnatio)*»[259]). Demonstratio называла здѣсь тѣ юридическіе факты, на которыхъ основывалось притязаніе, выраженное въ intentio;

двѣ части: intentio и condemnatio — въ другихъ формулахъ in ius conceptae, въ которыхъ предметомъ иска служила точно-опредѣленная вещь или сумма денегъ, каковы: formula petitoria — для отысканія вещныхъ правъ, a. de certa pecunia — занявшая мѣсто древнихъ личныхъ исковъ (l. a. sacramenti и l. a. per condictionem);

двѣ части: intentio и condemnatio—въ формулахъ in factum conceptae. Впрочемъ, по формѣ своей, intentio была въ этомъ случаѣ подобна demonstratio и, можетъ быть, получила свое названіе «intentio» относительно поздно, изъ подражанія искамъ предшествующей категоріи; сначала же указательная часть формулъ in factum conceptae могла называться demonstratio(стр.242);

только одна часть: intentio; такъ составлялась формула въ случаяхъ, извѣстныхъ подъ именемъ praeiudicia. Это было разбирательство, назначаемое особо отъ разбирательства по главному иску для изслѣдованія справедливости какого-нибудь побочнаго утвержденія кого-либо изъ тяжущихся. До окончательнаго заимствованія судебной формулы городскимъ преторомъ вопросы этого рода доводились до суда чрезъ посредство sponsio praeiudicialis, потомъ же формула стала составляться помимо заключенія sponsio. Истцомъ въ преюдиціаль-

---

[259]) *Gai* IV. 47: «...iudex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat. Si non paret, absolvito».

ной формулѣ обозначался обыкновенно тотъ, чье утвержденіе изслѣдовалось. Praeiudicium оканчивалось не осужденіемъ или оправданіемъ отвѣтчика, но простымъ объявленіемъ (pronunciatio) судьи, которое содержало въ себѣ отвѣтъ на вопросъ, предложенный въ формулѣ. Такъ, напр., при разрѣшеніи иска о приданомъ особому (преюдиціальному) разсмотрѣнію подлежалъ вопросъ о величинѣ приданаго (quanta dos sit?). Преюдиціальное изслѣдованіе какого-либо вопроса разросталось иногда въ большой процессъ. Въ подобномъ процессѣ, напр., была сказана предъ судьею, знаменитымъ юристомъ Аквиліемъ Галломъ, рѣчь Цицерона за Квинтія (673 г.). Предметомъ преюдиціальнаго изслѣдованія служилъ вопросъ: не было-ли имущество Квинтія предметомъ законнаго завладѣнія (на основаніи преторскаго эдикта, missio in bona) со стороны его противника Нэвія, или, другими словами, не состоялъ-ли Квинтій въ положеніи несостоятельнаго должника? Отъ разрѣшенія этого вопроса въ томъ или другомъ смыслѣ зависѣло то важное обстоятельство,—не долженъ-ли Квинтій, какъ лицо некредитоспособное (persona suspecta), представить особое обезпеченіе (satisdatio iudicatum solvi), прежде чѣмъ быть допущеннымъ къ защитѣ своего дѣла въ главномъ процессѣ?—Praeiudicium въ дѣлѣ Квинтія было облечено еще въ форму sponsio и мы знаемъ, что эта послѣдняя держалась въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже до Гая, въ качествѣ самостоятельной (стр. 247). Точно такъ же, въ качествѣ самостоятельной, употреблялась и чистая преюдиціальная форма безъ sponsio; такъ разбирались споры о гражданскомъ положеніи (status) лица, т. е. разрѣшалось о комъ-либо, не рабъ-ли онъ? свободенъ-ли? не патронъ-ли? свободнорожденный-ли? не состоитъ-ли во власти другаго [260])?

Видоизмѣненіе, подобное тому, которое только-что описано, произошло и въ интердиктномъ судопроизводствѣ (стр. 246). Sponsio praeiudicialis исчезла тамъ изъ употребленія, а взамѣнъ того преторъ излагалъ свое условное приказаніе въ особой

---

[260]) Полный списокъ praeiudicia см. у *Bekker'a*, Die Actionen, II, 284 сл.

формулѣ. Интердиктное судопроизводство походило теперь на обыкновенное исковое судопроизводство и сблизилось съ нимъ еще болѣе потомъ, когда постепенно перестали прибѣгать къ штрафнымъ стипуляціямъ (sponsio и restipulatio poenalis) для того, чтобы обезпечить исполненіе судебнаго приговора.

XII.

Юриспруденція послѣ паденія господства понтифовъ.

(VI, VII и начало VIII стол.).

Паденіе господства понтифовъ.

§ 114. Въ 450 году Кней Флавій обнародовалъ судебныя формулы, которыя держались понтифами въ тайнѣ (стр. 212); въ 454 году законъ Огульнія (lex Ogulnia) постановилъ, что четверо понтифовъ и пятеро авгуровъ должны избираться изъ числа плебеевъ; въ 465 г. законъ Папирія (lex Papiria) поручилъ свѣтскимъ чинамъ (triumviri capitales) взиманіе сакрамента, который поступалъ уже не въ храмъ, но въ государственную казну (стр. 84). Такимъ образомъ произошло паденіе исключительнаго господства понтифовъ въ правѣ. Понтифы изъ плебеевъ поставили своею задачею сближеніе юриспруденціи съ народомъ. *Семпроній*, одинъ изъ первыхъ понтифовъ-плебеевъ, заслужилъ прозваніе мудраго (софосъ), чего не удостоился, по словамъ Помпонія, никто изъ прочихъ юристовъ. *Тиберій Корунканій*, изъ плебейскаго рода, бывшій полководцемъ въ войнахъ Римлянъ съ Этрусками и царемъ Пирромъ, а позднѣе pontifex maximus (502 г.), человѣкъ религіозный и свѣдущій въ правѣ, сталъ открыто (публично) давать отвѣты тѣмъ, кто обращался къ нему за совѣтомъ. Съ этого времени юридическія познанія перестали составлять исключительное достояніе жреческой коллегіи. Свѣтскіе юристы все болѣе и болѣе умножались въ числѣ и образовали

[261]) *Dig.* 1. 2 fr. 2 §§ 35—43 (Pomp.); *Huschke*, Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt, стр. I и слѣд.—*Пухта*, Исторія римскаго права (рус. пер.), стр. 172—188; 317—323.

обширное сословіе правовѣдовъ или юрисконсультовъ, высокое по своему положенію и образованію, могущественное по своему вліянію. Члены лучшихъ аристократическихъ фамилій, какъ изъ среды патриціата, такъ и плебса, посвящали себя дѣятельности юриста. Много выдающихся государственныхъ людей вступали въ это сословіе. Юристы окружили обѣ претуры и служили непосредственными помощниками обоихъ преторовъ, которые, въ свою очередь, избирались народомъ изъ числа знаменитѣйшихъ юристовъ. Единичныя личности, занимавшія посты преторовъ перегриновъ и городскаго, могли совершить свои смѣлыя нововведенія только потому, что служили авторитетными выразителями воззрѣній цѣлаго сословія, которое руководило движеніемъ юридическихъ идей въ римскомъ обществѣ.

Юристы VI вѣка.

О юристахъ VI и VII столѣтій сохранились скудныя извѣстія отъ Помпонія, юриста II в. по Р. Х. Около середины VI столѣтія жилъ *Корнелій Сципіонъ Назика*; сенатъ прозвалъ его «лучшимъ» (optimus) и на государственный счетъ былъ пріобрѣтенъ для него домъ на одной изъ главныхъ улицъ Рима (via Sacra), для того чтобы удобнѣе онъ могъ давать свои совѣты всѣмъ обращавшимся къ нему. Затѣмъ выдѣляется *Секстъ Элій Петъ*, плебейскаго рода, эдилъ въ 554 г., консулъ въ 556, цензоръ въ 560 и выдающійся знатокъ права, прозванный за свои отвѣты мѣткимъ (catus). Онъ написалъ книгу, носившую названіе *tripertita*. Названіе указываетъ на тройственность содержанія; книга была посвящена законодательству XII таблицъ, интерпретаціи и искамъ стараго права (legis actiones); вѣроятно, она была изложена такъ, что за каждымъ изъ постановленій XII таблицъ слѣдовала интерпретація его и потомъ приводились соотвѣтствующія судебныя формулы. Такимъ образомъ указаніе на тройственный составъ книги надо понимать въ смыслѣ тройственности ея содержанія, но не въ смыслѣ раздѣленія ея на три части. Тому же юристу римская юриспруденція была обязана новымъ сборникомъ судебныхъ формулъ (ius Aelianum), который дополнилъ собою сборникъ Кнея Флавія. Знаменитый суровый защитникъ старины *Маркъ Порцій Катонъ* (род. 520, ум. 605 г.) бывшій

въ 555 г. эдиломъ, 556 преторомъ, 559 консуломъ и 570 цензоромъ, упоминается также въ числѣ отличнѣйшихъ юрисконсультовъ. Въ его сочиненіи о сельскомъ хозяйствѣ (de re rustica) мы находимъ данныя для исторіи договоровъ купли и найма. Замѣчательнѣе, какъ юристъ, былъ его сынъ, по прозванію *Лициній*, авторъ обширныхъ толкованій на цивильное право (commentarii iuris civilis). Съ именемъ Катоновъ связано происхожденіе Катонова правила (regula Catoniana) [262]. Это правило относилось къ наслѣдственнымъ отказамъ (легатамъ). Какое-либо обстоятельство могло препятствовать дѣйствительности отказа въ моментъ составленія завѣщанія; напр., отказъ движимой вещи, входящей въ составъ зданія, отказъ вещи, принадлежащей тому, въ чью пользу отказъ назначается, отказъ въ пользу раба (безъ отпущенія его на волю). По правилу Катона, послѣдующее устраненіе препятствія (напр., до смерти завѣщателя вещь отдѣлялась отъ зданія, рабъ становился свободнымъ и т. д.) не дѣлало отказа дѣйствительнымъ; по толкованію позднѣйшихъ юристовъ, это правило не примѣнялось однако безусловно во всѣхъ случаяхъ [263].

Юристы VII вѣка.

Публій Муцій Сцевола (народ. трибунъ 613 года, консулъ 621, великій понтифъ 623 г.), авторъ 10 книгъ, *Маркъ Юній Брутъ* (преторъ неизв. года), авторъ 7 книгъ и *Маній Манилій* (консулъ 605 г.), авторъ 3 книгъ, открываютъ списокъ юристовъ седьмаго столѣтія. Изъ нихъ П. М. Сцеволу Цицеронъ причисляетъ къ немногимъ «настоящимъ» юрисконсультамъ. Онъ былъ судья, славный безпристрастіемъ, и юристъ, соединявшій ораторское искусство съ юридическими познаніями; его рѣчь отличалась большою ра-

---

[262]) *Dig.* 34. 7.

[263]) Именно, regula Catoniana не примѣняется: 1) въ случаѣ условнаго отказа, когда условіе осуществляется послѣ смерти завѣщателя (напр., рабъ объявляется свободнымъ, если случится то-то, и кромѣ того ему оставляется отказъ); 2) въ случаѣ, если препятствующее обстоятельство относилось къ способности пріобрѣтателя по отказу (напр., отказъ назначается такому лицу, которому, по одному изъ законовъ императорскаго времени, запрещено пріобрѣтеніе легатовъ и которое въ моментъ пріобрѣтенія отказа выйдетъ изъ подъ такого запрещенія.

зумностью и остротою, немногословіемъ и богатствомъ содержанія; онъ и скорбѣлъ, и смѣялся, когда ему приходилось слышать плохаго оратора. Занимая самъ постъ великаго понтифа, онъ полагалъ, что основательное знаніе права составляетъ самую существенную принадлежность членовъ понтификальной коллегіи и что тотъ не долженъ имѣть доступъ въ нее, кто не знаетъ права. Мы видимъ такимъ образомъ, что эта коллегія все еще продолжала давать изъ своей среды замѣчательныхъ юрисконсультовъ. Однако тотъ же П. М. Сцевола практиковалъ довольно свободное отношеніе къ интересамъ понтификата. Онъ отмѣнилъ ту прерогативу его, въ силу которой ему исключительно принадлежало веденіе исторіографіи. По старому праву, наслѣдникъ обязывался удѣлить часть наслѣдства въ храмъ на богослуженіе по умершемъ (sacra); такъ же, какъ и Тиберій Корунканій, П. М. Сцевола былъ того взгляда, что ту же обязанность долженъ нести и тотъ, кто по какому-либо другому основанію (захватомъ, по отказу) получалъ столько же, сколько всѣ наслѣдники вмѣстѣ; впрочемъ, если завѣщатель не гарантировалъ точнаго исполненія этой обязанности требованіемъ особаго обезпеченія, то, по мнѣнію Сцеволы, пріобрѣтатель по завѣщанію могъ взять нѣсколько меньше противъ того, что̀ ему назначено, и такимъ путемъ вовсе освободиться отъ обязанности жертвовать въ храмъ; или же, для достиженія той же цѣли, онъ могъ придать своему праву иную юридическую форму: должное по завѣщанію обратить въ должное по стипуляціи; именно, получившій отказъ объявлялъ торжественно (solutio per aes et libram), что онъ получилъ отъ наслѣдника нѣсколько менѣе, чѣмъ было ему отказано, и вслѣдъ за тѣмъ наслѣдникъ обѣщалъ ему (стипуляція) уплатить всю отказанную сумму. Итакъ вотъ—великій понтифъ, который научалъ простыхъ смертныхъ, какъ искуснѣе обходить исполненіе церковныхъ обязанностей, потерявшихъ прежнее къ себѣ уваженіе.

Три вышеназванные юриста дали новый толчекъ *цивильному* праву, за что Помпоній называетъ ихъ «основателями» этого права. Въ чемъ состояла ихъ заслуга, мы однако не знаемъ. Отъ работы ихъ осталось слишкомъ мало, чтобы вывести о

ней какое-либо опредѣленное заключеніе. Цицеронъ упоминаетъ о нѣкоторыхъ мнѣніяхъ и рѣшеніяхъ П. М. Сцеволы (относительно мести, оскорбленія), но въ нихъ мы не найдемъ ничего особенно характеристичнаго. М. Манилію принадлежалъ сборникъ исковыхъ и другихъ формулъ. Изъ нихъ нѣкоторыя сохранились у Варрона; онѣ относятся къ стипуляціямъ, которыя были обычны при покупкѣ домашняго скота. Заслуга трехъ названныхъ корифеевъ цивильной юриспруденціи могла состоять въ томъ, что они сообщили подробную (практическую) разработку новымъ институтамъ, которые тѣми или другими путями вошли въ цивильное право (купля-продажа, наемъ, узуфруктъ и т. д.). Многіе вопросы были у нихъ предметомъ оживленнаго сужденія, какъ это можно судить по разсказу Цицерона: всѣ трое разсуждали о томъ, составляетъ-ли молодое поколѣніе отъ рабыни (partus ancillae)— «плодъ» въ юридическомъ смыслѣ (fructus).

Назвавъ еще шесть именъ со второстепеннымъ значеніемъ, Помпоній переходитъ къ замѣчательнѣйшему юристу второй половины VII столѣтія *Квинту Муцію Сцеволѣ*, сыну П. М. Сцеволы. Консулъ 659 г. и великій понтифъ 670 (ум. 672), стоикъ по философскимъ воззрѣніямъ и дѣятельный участникъ въ борьбѣ противъ публикановъ, К. М. Сцевола былъ извѣстенъ какъ писатель, учитель и совѣтчикъ, къ которому его сограждане съ особою охотою обращались за указаніями и которому поручали завѣдываніе своими дѣлами. Его языкъ отличался остроуміемъ, изяществомъ и краткостью, а мысль ясностью и основательностью. У Цицерона и другихъ писателей сохранилось нѣчто, что̀ оправдываетъ вышеизложенную характеристику. Упомянемъ прежде всего объ отчетливомъ опредѣленіи, которое К. М. Сцевола далъ родовому союзу. По опредѣленію Сцеволы, родичи суть тѣ, которые носятъ одно общее имя, произошли отъ свободнорожденныхъ, не считаютъ рабовъ въ числѣ своихъ предковъ и не умалены въ своей правоспособности [264]). Далѣе,

---

[264]) *Cicero*, Topica, 6. 29. Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum maiorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est.

по его словамъ, nexum обозначаетъ все то, что происходитъ per aes et libram, за исключеніемъ манципаціонныхъ сдѣлокъ; это опредѣленіе было сдѣлано, повидимому, въ противоположность М. Манилію, который смѣшалъ nexum съ манципаціей. Съ большою скрупулозностью вычислилъ Сцевола продолжительность трехъ ночей (trinoctium), которыя жена должна проводить ежегодно въ родительскомъ домѣ, если не желаетъ поступить подъ власть мужа; именно, по его разсчету, она не могла бы воспользоваться для этой цѣли тремя послѣдними ночами въ году, ибо послѣдніе часы третьей ночи пришлись бы уже въ слѣдующемъ году. К. М. Сцевола (если только это не было уже исполнено его отцомъ) установилъ также точный порядокъ, въ которомъ разныя лица обязывались приносить жертвы по покойномъ: прежде всего эта обязанность возлагалась на наслѣдника и вмѣстѣ съ тѣмъ на того, кто получилъ по завѣщанію столько-же, сколько всѣ наслѣдники вмѣстѣ; если наслѣдниковъ не было, то на того, кто захватилъ наслѣдство (usureceptio); потомъ—на кредитора, которому причиталось наиболѣе; наконецъ, если на наслѣдство не явилось никакихъ претендентовъ, то сказанная обязанность возлагалась на должника наслѣдственной массы, который въ такомъ случаѣ былъ обогащенъ смертью наслѣдодателя, ибо не имѣлъ никого, кому долженъ былъ бы уплатить свой долгъ. Рядомъ съ этимъ Сцевола занимался словопроизводствомъ и толкованіемъ словъ. По его мнѣнію, postliminium происходило изъ сочетанія словъ «post» и «limen»; выраженіе Атиніева закона: «quod subruptum *erit*» несмотря на его двусмысленность, надо относить къ будущему времени; подъ дождевою водою слѣдуетъ разумѣть всякій потокъ, который увеличивается отъ дождя. Какъ видно, Сцевола старался дать возможно широкое развитіе матеріалу, оставленному послѣ себя предшествующими поколѣніями, и вложилъ въ него первые опыты теоретическаго отвлеченія въ видѣ опредѣленій и объясненія словопроизводства. Такъ было положено основаніе новому направленію юриспруденціи; творчество юриста уже не ограничивалось однимъ составленіемъ формулъ (исковыхъ и договорныхъ), но выражалось также болѣе свободно въ опредѣ-

леніяхъ, не лишенныхъ значительной доли обобщенія. Съ этимъ связывается извѣстіе о томъ, что Сцевола написалъ 18 книгъ *систематическаго* изложенія цивильнаго права, изъ которыхъ сохранилось только немногое въ дигестахъ. Отъ Сцеволы осталось еще одно важное мѣсто, которое характеризуетъ состояніе права его времени. Высшее значеніе, говоритъ онъ, принадлежитъ тѣмъ случаямъ посредническаго разбирательства, въ которыхъ предписывается судить по совѣсти (ex fide bona); такое мѣрило (bona fides) заслуживаетъ широкаго примѣненія и имъ опредѣляются отношенія по опекѣ, по договору товарищества, по фидуціарнымъ сдѣлкамъ, по договору порученія, по куплѣ-продажѣ и по найму [265]). Кромѣ того, какъ это мы увидимъ ниже, Сцевола потрудился надъ развитіемъ отношеній по ссудѣ и поклажѣ (см. гл. XIII). Вообще его называютъ, какъ творца новыхъ юридическихъ нормъ. По его мнѣнію, въ случаѣ спора о томъ—какъ пріобрѣла замужняя женщина то или другое имущество, будетъ и правильнѣе и приличнѣе не требовать отъ нея разъясненій по этому поводу, но просто предположить, что всякое пріобрѣтеніе пришло ей отъ мужа (praesumptio Muciana [266]). Кому оставленъ отказъ подъ отрицательнымъ условіемъ («если не покинетъ такую-то личность», «если не отчудитъ такой-то вещи», «если не поѣдетъ въ Азію»), тотъ можетъ получить отказанное ему немедленно, если представитъ наслѣднику поручительство въ томъ, что исполнитъ условіе (cautio Muciana) [267]).

Въ числѣ учениковъ К. М. Сцеволы находились *Гай Аквилій Галлъ, Маркъ Туллій Цицеронъ и Сервій Сульпицій Руфъ*. Съ именемъ перваго изъ нихъ, бывшаго преторомъ въ 688 г., связано появленіе судебныхъ формулъ, которыми преслѣдовался обманъ (dolus), проявленный при заключеніи юридиче-

[265]) *Cicero*, de officiis. III. 17 § 70: Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA: fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae sotietas contineretur.

[266]) *Dig.* 24. 1 fr. 51.

[267]) *Dig.* 35. 1 fr. 73; и друг.

скихъ сдѣлокъ; тому же юристу приписывается составленіе особой стипуляціонной формулы, посредствомъ которой тяжущіеся могли свести въ одно и затѣмъ погасить разнообразныя требованія, существовавшія между ними (stipulatio Aquiliana), онъ же ввелъ особую формулу назначенія наслѣдниковъ, благодаря которой завѣщатель, предвидя возможность смерти своего сына, оставлялъ наслѣдство своимъ внукамъ, которые могли родиться послѣ смерти завѣщателя и не далѣе, какъ впродолженіе десяти мѣсяцевъ послѣ смерти своего отца (postumi Aquiliani [268]). Такимъ образомъ Аквилій Галлъ держался еще стараго пути, выступая какъ составитель новыхъ формулъ; но самыя формулы, созданныя имъ, говорятъ уже за самостоятельное отношеніе его къ старинѣ и за широту его воззрѣній. Формула касательно постумовъ давала завѣщателю возможность обойти въ подлежащихъ случаяхъ то, въ высшей степени, неудобное цивильное правило, по которому появленіе постума послѣ составленія завѣщанія отнимало у этого послѣдняго его юридическую силу (стр. 126); Аквиліева стипуляція значительно упростила окончаніе взаимныхъ разсчетовъ и, сама по себѣ, составляя сдѣлку съ очень отвлеченнымъ содержаніемъ, послужила однимъ изъ источниковъ для образованія института *новаціи* (гл. XIV). Наконецъ шире всѣхъ другихъ и плодотворнѣе по послѣдствіямъ было то Аквиліево нововведеніе, по которому обманъ (dolus), проявленный при вступленіи въ юридическую сдѣлку, сталъ предметомъ судебнаго преслѣдованія. О широтѣ юридическихъ воззрѣній Аквилія свидѣтельствуетъ слѣдующій случай, который передаетъ намъ Цицеронъ. Нѣкто Визелій Варронъ, заболѣвъ тяжко, допустилъ, чтобы нѣкая Отацилія, съ которою онъ состоялъ въ интимныхъ отношеніяхъ, занесла на него въ книги долгъ въ 30,000; предполагалось, что она взыщетъ этотъ долгъ послѣ смерти Варрона съ его наслѣдниковъ. Между тѣмъ онъ неожиданно выздоровѣлъ и она начала противъ него взысканіе. Судьею былъ назначенъ Аквилій Галлъ «человѣкъ большаго авторитета и «превосходный знатокъ цивильнаго права»; посовѣтовавшись

---

268) *Dig*. 28. 2 fr. 29 pr.

съ государственными сановниками и «руководимый своею мудростью и нравственностью» онъ отказалъ истицѣ въ ея искѣ. *Маркъ Туллій Цицеронъ* (умеръ 711 г.), знаменитый ораторъ и политическій дѣятель съ репутаціей, довольно двусмысленной, не можетъ быть названъ въ числѣ выдающихся юристовъ. Однако его никакъ нельзя обойти молчаніемъ въ исторіи гражданскаго права. Очень многое изъ этой исторіи мы знаемъ только благодаря сочиненіямъ Цицерона и самая его дѣятельность, какъ адвоката, является весьма характеристичною для состоянія современнаго ему права. Нововведенія предшествовавшаго полутора столѣтія оказали свое вліяніе на строй юридической мысли и время Цицерона было, несомнѣнно, временемъ коренного поворота въ направленіи юридическихъ идей. Новыя идеи вторгнулись въ ту область, гдѣ прежде царствовалъ формализмъ, и готовилось коренное преобразованіе самаго цивильнаго права (глава XV). Юристъ смѣло смотрѣлъ впередъ. Этой смѣлости предстояло укрѣпиться подъ вліяніемъ греческой философіи, откуда въ юриспруденцію стала проникать идея «естественнаго» права (ius naturae), впрочемъ въ Цицероново время еще не соприкоснувшаяся съ правомъ практическимъ. Но о томъ, каковъ тогда былъ полетъ юридической мысли, можно судить по тому, что уже начинали мечтать о созданіи новаго кодекса гражданскаго права. Съ *Сервіемъ Сульпиціемъ Руфомъ* (консулъ 703 г.) новое направленіе окончательно утвердилось въ юриспруденціи. Будучи лучшимъ ораторомъ послѣ Цицерона С. С. Руфъ сначала не предназначалъ себя къ юридическимъ занятіямъ. Однажды въ дружескомъ совѣщаніи съ К. М. Сцеволой по поводу какого-то дѣла, онъ, высказавъ свое юридическое незнаніе, былъ задѣтъ замѣчаніемъ Сцеволы, сказавшимъ, что «стыдно патрицію и знатному человѣку не знать права, на которомъ онъ основываетъ свои рѣчи». С. С. Руфъ былъ образованъ по гречески и ввелъ въ юриспруденцію *ars*, т.-е. обработку фактовъ по законамъ мышленія. Вмѣсто стараго пріема—сочиненія и разработки договорныхъ и судебныхъ формулъ, юриспруденція окончательно перешла къ новому пріему,—къ разработкѣ права въ формѣ юридическихъ казусовъ. Это былъ большой шагъ впе-

редъ въ развитіи *отвлеченности* юридическаго мышленія; юристъ раздѣлилъ формально-юридическую сторону права отъ отношеній, которыя составляютъ предметъ юридической защиты и сталъ классифицировать право именно по роду этихъ отношеній. На этой почвѣ сложилось понятіе юридическаго *института* и возникла *систематическая* разработка права. С. С. Руфъ, дѣйствуя въ этомъ направленіи, написалъ толкованія на К. М. Сцеволу, и есть основаніе признать въ этомъ послѣднемъ юристѣ до нѣкоторой степени предшественника С. С. Руфа въ отношеніи способа изслѣдованія; С. С. Руфу принадлежали также: комментарій къ XII таблицамъ, сочиненіе о приданомъ и друг. Ему же принадлежало *систематическое* изложеніе *преторскаго* права (ius honorarium), а всѣхъ его сочиненій считалось 118 книгъ. Ученики С. С. Руфа *Алфенъ Варъ* и *Аулій Офилій* продолжали работу въ томъ же направленіи. Алфенъ Варъ сдѣлалъ первый опытъ дигестъ (отъ digerere—раздѣлять), т.-е. систематическаго изложенія права по рубрикамъ.

Характеръ дѣятельности юристовъ.

§ 115. Впрочемъ при очевидной бѣдности матеріала мы не должны увлекаться въ погонѣ за точною характеристикой каждаго изъ названныхъ юристовъ въ отдѣльности и еще менѣе приведенныя свѣдѣнія могли бы служить для опредѣленія того, чѣмъ именно каждому изъ нихъ былъ обязанъ прогрессъ юриспруденціи и права. Вмѣсто частныхъ характеристикъ остается удовлетвориться общею. Юристы VI и VII столѣтій сблизили юриспруденцію съ жизнью римскаго общества. Для римскаго домовладыки стало немыслимо теченіе его домашней жизни безъ постояннаго сношенія съ юристомъ. Задумывалъ-ли онъ предъявить искъ къ своему противнику, или его самого призывали къ отвѣту, онъ обращался за совѣтомъ къ своему юрисконсульту; этотъ послѣдній «отвѣчалъ» (respondere) ему, выясняя, подходитъ-ли такое-то притязаніе подъ дѣйствующія юридическія нормы, умѣстно-ли вчинаніе даннаго иска при данныхъ условіяхъ, или какъ слѣдуетъ поступить въ виду иска, предъявленнаго противною стороною. Точно такъ же къ юрисконсульту обращались, когда заключали какую-либо юридическую сдѣлку. Помощь юриста была полезна въ этомъ слу-

чаѣ для составленія подходящей формулы сдѣлки, въ особенности, если договаривающіеся имѣли въ виду какую-нибудь особую цѣль. Юристъ облекалъ сдѣлку въ надлежащую форму (cavere). Respondere и cavere выражали собою двѣ формы дѣятельности юристовъ по отношенію къ частнымъ лицамъ.— Свои отвѣты (responsa) они давали, въ случаѣ требованія, и должностнымъ лицамъ, магистратамъ и судьямъ, совѣтуя, какъ разрѣшить данную тяжбу или то или другое процессуальное недоразумѣніе. Отвѣты составлялись часто письменные, за печатью ихъ автора; такіе отвѣты редижировались обыкновенно безъ мотивировки и безъ ссылокъ на авторитеты; потомъ они собирались и публиковались въ видѣ первоначальномъ или переработанномъ.

Сближеніе юриспруденціи съ жизнью выказалось не въ одномъ только дружественномъ отношеніи юриста къ гражданину, нуждавшемуся въ юридическомъ совѣтѣ; оно сказалось, своею существеннѣйшею стороною, еще въ томъ, что юристъ, болѣе, чѣмъ когда-либо, стремился приблизить къ жизни самое право. Когда-то старое право Квиритовъ вышло изъ потребностей гражданской жизни и сложилось такъ, какъ того требовало міровоззрѣніе общества. Но прошли вѣка и выработанныя формы его, сохраняясь почти въ неизмѣнности, оказались отсталыми, неудобными, противными нуждамъ новаго времени. Эти нужды росли быстро, старое право было неспособно къ быстрымъ и рѣзкимъ преобразованіямъ. Пропасть между правомъ и жизнью юристъ наполнилъ произведеніемъ своего свободнаго творчества. Надо отдать себѣ ясный отчетъ въ томъ, что такое это *юридическое творчество*, игравшее такую роль во всей исторіи римскаго гражданскаго права и особенно въ тотъ періодъ коренныхъ нововведеній, которымъ мы теперь занимаемся. Правовой порядокъ, который насаждается въ жизни судебными рѣшеніями, договорами и закономъ, не дается людямъ самъ собою, не вдохновляется въ нихъ какимъ-либо высшимъ разумомъ; они додумываются до него, они *изобрѣтаютъ* его и въ этомъ смыслѣ творятъ его. Но они творятъ его не произвольно; какъ во всякомъ изобрѣтеніи они имѣютъ предъ глазами опредѣленную практическую

цѣль и ищутъ средства къ удовлетворенію этой цѣли. Юристъ видитъ предъ собою разыгравшуюся борьбу различныхъ интересовъ; онъ ищетъ, въ какой степени каждая изъ борющихся сторонъ заслуживаетъ поддержки съ точки зрѣнія интересовъ всего общества; въ разрѣшеніе вопроса онъ вноситъ свои представленія о благѣ общества, свои идеалы и сообразно этому формулируетъ средства, которыя назначаются имъ для осуществленія того равновѣсія въ борьбѣ интересовъ, которое кажется ему наиболѣе цѣлесообразнымъ. Связанное всѣми вышеизложенными условіями, юридическое творчество не есть свободное въ безусловномъ смыслѣ. Оно является *закономѣрнымъ*, какъ закономѣрна вообще вся человѣческая дѣятельность.

Консерватизмъ.

§ 116. Форма выраженія юридическихъ идей по прежнему зависѣла отъ общаго склада мысли. Въ юрисдикціи претора перегриновъ мысль двигалась свободно и самостоятельно; въ юрисдикціи городскаго претора не могло обойтись безъ вліянія старыхъ традицій. Теоретическій консерватизмъ достался свѣтской юриспруденціи какъ наслѣдіе отъ понтифовъ. Какъ и прежде (стр. 185), процессъ консервативной мысли проходилъ двѣ стадіи: вопервыхъ, юристъ сохранялъ старую ассоціацію идей; вовторыхъ, онъ искалъ средствъ для примиренія этого своего шага съ жизнью. Какъ и прежде (стр. 186), вторая стадія не всегда слѣдовала за первою, такъ что противорѣчіе права и жизни не сглаживалось. Примѣръ представляетъ исковая давность. Такъ какъ преторы смѣнялись ежегодно, то формально эдиктъ каждаго претора имѣлъ силу лишь въ продолженіе одного года и иски, основанные на эдиктѣ, погашались годовою давностью; годовая давность преторскихъ исковъ удерживалась однако, въ иныхъ случаяхъ, и тогда, когда преторское право было возведено на степень закона, и юристы объясняли такое удержаніе мотивами, потерявшими въ ихъ время всякое практическое значеніе [269]). Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ примиреніе консервативной мысли съ жизнью достигалось, средства примиренія были также прежнія. Тотъ процессъ развитія юридическихъ сдѣлокъ, въ которомъ ихъ

---

[269]) Напр., *Dig.* 44. 7 fr. 35 pr.

сдѣлки. примѣненіе распространялось далеко за предѣлы первоначальнаго назначенія, продолжался еще въ послѣдніе вѣка республики. Сюда относится coemptio fiduciae causa—установленіе супружеской власти надъ женщиною съ цѣлями, посторонними браку. По свидѣтельству Гая [270]), женщина, до временъ имп. Адріана, только тогда могла сдѣлать завѣщаніе, когда она поступала подъ чью-либо «супружескую» власть (coemptio), вслѣдъ за тѣмъ передавалась своимъ мнимымъ супругомъ кому-либо въ кабалу (remancipatio) и наконецъ отпускалась господиномъ на волю (manumissio vindicta). Подобное же до временъ самого Гая и Ульпіана [271]) требовалось для того, чтобы женщина могла замѣнить своихъ опекуновъ другими лицами, по своему желанію; въ такомъ случаѣ ея опекуномъ въ концѣ концовъ становился тотъ, кто въ вышеописанной сложной процедурѣ игралъ роль господина. Вся процедура была искусственнымъ соединеніемъ старой манципаціонной (coemptio, remancipatio) и виндикаціонной (manumissio) формы съ цѣлью расширенія гражданской правоспособности женщинъ. Подобнымъ же образомъ распространялось употребленіе и болѣе новой формы—стипуляціи, указаніе на что̀ мы встрѣчаемъ въ sponsio praeiudicialis (стр. 245). Впрочемъ мотивъ, который лежалъ въ основаніи такого распространенія старыхъ формъ, манципаціонной, виндикаціонной и стипуляціонной, не былъ тожественъ вполнѣ съ мотивомъ ихъ древнѣйшаго распространенія. Онъ былъ смѣшаннаго свойства и заключался частью въ искреннихъ консервативныхъ побужденіяхъ — не нарушать освященнаго стариной порядка, частью же въ простомъ желаніи избавить себя отъ труда изобрѣтать новыя формы и формулировать новыя понятія и нормы: при этомъ второй мотивъ значительно преобладалъ надъ первымъ. Такимъ образомъ консерватизмъ юридической мысли сталъ принимать видъ простой экономіи юридическихъ идей и юридическія сдѣлки, образованныя по старымъ образцамъ, но для новыхъ цѣлей, были мнимыми сдѣлками. Тотъ же характеръ

---

[270]) I. 114. 115.
[271]) 11. 5.

долженъ былъ перейти постепенно и къ сдѣлкамъ стараго права, въ образованіи которыхъ когда-то играла роль искусственная аналогія. Однако до самыхъ временъ Гая первоначальная, истинно-консервативная точка зрѣнія не утратила вполнѣ своего господства и «Римлянамъ было свойственно и «комедію играть съ извѣстною серьозностью и важностью, «мнимымъ отношеніямъ давать нѣкоторое реальное существо-«ваніе.»

Съ мнимыми сдѣлками не надо смѣшивать симмулированныя сдѣлки. Этимъ послѣднимъ именемъ называется тотъ случай, когда стороны, изъ своихъ личныхъ видовъ, совершаютъ одну сдѣлку подъ видомъ другой, напр., дареніе подъ видомъ купли-продажи. «Въ обоихъ случаяхъ совершаемый актъ есть мнимый, несогласный съ истиннымъ намѣреніемъ сторонъ; но мнимыя сдѣлки суть общія формы правоваго порядка, симмулированныя же сдѣлки напротивъ только отдѣльныя дѣйствія; первыя установлены юридическими нормами и имѣютъ отвлеченное бытіе, послѣднимъ же свойственно только конкретное существованіе. Дальнѣйшее различіе заключается въ томъ, что каждая симмулированная сдѣлка совершаетъ обманъ преднамѣренно». Первый признакъ отличаетъ симмулированныя сдѣлки отъ мнимыхъ вообще, второй же въ особенности отъ сдѣлокъ древнѣйшаго происхожденія, обязанныхъ своимъ образованіемъ консерватизму юриспруденціи.

Интерпретація.

Въ послѣдніе вѣка республики, такъ же какъ и во времена понтификальной юриспруденціи, дѣйствовала интерпретація въ ея старомъ видѣ; она продолжала дѣйствовать даже во времена классической юриспруденціи. Многочисленныя нововведенія, сдѣланныя преторомъ перегриновъ и усвоенныя потомъ городскимъ преторомъ, были подведены юристами подъ тѣ или другія законодательныя опредѣленія; вотъ почему такіе иски, какъ иски изъ купли-продажи, найма, товарищества и договора порученія, равно какъ иски изъ реальныхъ договоровъ: ссуды, поклажи и залога причислялись къ числу *цивильныхъ* исковъ; вотъ почему мы слышимъ объ обширныхъ трудахъ юристовъ VII столѣтія, — трудахъ, которые относились всѣ къ «цивильному» праву и вмѣстѣ съ тѣмъ каса-

лись, конечно, всѣхъ преторскихъ нововведеній. Интерпретація расширяла область цивильнаго права, пополняя его новыми, прежде неизвѣстными институтами. Въ какихъ широкихъ предѣлахъ и съ какою смѣлостью интерпретація примѣнялась къ постановленіямъ преторскаго эдикта,—это особенно можно видѣть изъ трудовъ императорской юриспруденціи .

XIII.

Консенсуальные и реальные контракты.

(VI, VII и начало VIII стол.).

Объ источникахъ.

§ 117. Обращаемся теперь къ новымъ институтамъ гражданскаго права, возникшимъ съ половины VI столѣтія подъ вліяніемъ разцвѣта преторскаго могущества. Это было временемъ появленія многочисленныхъ договоровъ и вмѣстѣ съ тѣмъ развитія самой идеи договора. Большинство договоровъ возникло въ гражданскомъ оборотѣ съ перегринами и получило впервые юридическое признаніе въ юрисдикціи претора перегриновъ; потомъ они перешли въ оборотъ Римлянъ и были признаны городскимъ преторомъ. Было бы важно опредѣлить, что̀ именно внесъ каждый изъ двухъ преторовъ въ исторію отдѣльныхъ договоровъ, но такая задача представляется неосуществимою за недостаткомъ историческихъ данныхъ. Послѣ того какъ въ оборотъ римлянъ перешло общенародное право, дальнѣйшая разработка этого послѣдняго стала дѣломъ обѣихъ юрисдикцій, и именно времени такой разработки принадлежатъ существеннѣйшія изъ тѣхъ данныхъ, которыми мы обладаемъ для ранней исторіи общенароднаго права.

Другія стороны въ исторіи договорнаго права могутъ быть раскрыты, но только до нѣкоторой степени. Данныя для этого хотя и существуютъ, однако представляются скудными и часто неясными, что̀ постоянно ведетъ къ разнорѣчивымъ толкованіямъ и предположеніямъ. Наиболѣе раннимъ источникомъ служатъ комедіи *Плавта* (ум. 570), писанныя въ сороковыхъ,

пятидесятыхъ и шестидесятыхъ годахъ шестаго столѣтія. Дѣйствующія лица этихъ комедій безпрестанно совершаютъ различныя юридическія дѣйствія и по происходящему на сценѣ мы вправѣ судить о современной дѣйствительности. Тѣмъ не менѣе такая основа представляется довольно скользкой для историковъ. Сюжетъ комедій Плавта передѣланъ имъ съ греческаго, а потому въ ходѣ пьесъ встрѣчается многое, явно принадлежащее Греціи; напр., братъ просватываетъ сестру; сынъ, въ отсутствіи отца, распоряжается его имуществомъ и т. п.; дѣйствующія лица разговариваютъ, конечно, на обыденномъ языкѣ простолюдиновъ, грѣша противъ юридической терминологіи, и было бы неосторожно слишкомъ довѣрять ихъ рѣчи, когда дѣло идетъ о характеристикѣ правовыхъ учрежденій. Не столько юридическая конструкція, сколько бытовая сторона ихъ отразилась въ комедіяхъ.— Послѣ Плавта источникомъ служитъ *Катонъ старшій* (ум. 605), въ сочиненіи котораго о сельскомъ хозяйствѣ мы находимъ формулы (leges) и совѣты, относящіеся къ совершенію различныхъ сдѣлокъ (купля-продажа, наемъ). Сказанныя формулы были, по всей вѣроятности, отчасти заимствованы Катономъ изъ существовавшихъ сборниковъ, отчасти же могли быть составлены имъ самимъ. Ихъ историко-юридическое значеніе, очевидно, несравненно выше, нежели значеніе комедій.— Данныя для исторіи гражданскаго права въ VII вѣкѣ всѣ содержатся въ позднѣйшихъ источникахъ, начиная съ сочиненій *Варрона* (ум. 727) и *Цицерона* (ум. 711) и кончая *дигестами*.

I. Мѣновые договоры.

Купля-продажа.

Опредѣленіе.

§ 118 [272]). Соглашеніе двухъ сторонъ, покупателя (emptor) и продавца (venditor), о томъ, что покупатель обязывается

---

[272]) *Gai.* III §§ 139—141; *Dig.* 18. 1; 19. 1; *Cod.* 4. 38; 4. 49; *Inst.* 3. 23. *Bechmann*, Der Kauf, I, стр. 361—692; *Pernice*, I, стр. 454—466; *Voigt*, прилож. XXI, §§ 12—15.

уплатить продавцу опредѣленную денежную сумму [273]) взамѣнъ какого-либо предмета [274]), продавецъ же обязывается передать покупателю этотъ предметъ взамѣнъ сказанной суммы, составляетъ договоръ купли-продажи. Каждая изъ договорившихся сторонъ имѣетъ искъ (a. empti, a. venditi) для принужденія противной стороны къ исполненію принятаго ею обязательства. Договоръ исполняется тѣмъ, что покупатель уплачиваетъ продавцу покупную сумму, а продавецъ передаетъ (манципація, цессія, традиція) покупщику проданный предметъ.

Въ такомъ видѣ купля-продажа, извѣстная старому цивильному праву лишь въ формѣ манципаціи, составляетъ важнѣйшую торговую сдѣлку во времена классической юриспруденціи. Ея первоначальное появленіе должно отнести къ VI столѣтію. Въ комедіяхъ Плавта купля-продажа играетъ большую роль: дѣйствующія лица покупаютъ другъ у друга рабовъ, дома и скотъ. При заключеніи договора продавецъ получаетъ обыкновенно отъ покупателя впередъ часть покупной суммы; это—*задатокъ* (arrabo, позднѣе—arrha), учрежденіе, заимствованное изъ Греціи. Задатокъ гарантируетъ продавцу солидность покупателя и обѣимъ сторонамъ, до извѣстной степени, затрудняетъ отказъ отъ договора, ибо въ случаѣ отказа покупателя его задатокъ остается у продавца, въ случаѣ же отказа продавца покупатель получаетъ задатокъ обратно. Обычай давать задатокъ сохранился и въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, но, благодаря успѣху, который сдѣлали къ тому времени

Задатокъ.

---

[273]) По опредѣленію позднѣйшихъ юристовъ, предметомъ купли-продажи можетъ быть какъ вещь (движимая и недвижимая, существующая и будущая), такъ и всякое отчуждаемое право (сервитутъ, обязательство), а также совокупность вещей и правъ (имущество и наслѣдство).

[274]) Покупная сумма, по опредѣленію позднѣйшихъ юристовъ, должна быть денежною (pecunia numerata), опредѣленною точно (pretium certum) и серьозною (pretium verum); противоположность серьозной цѣнѣ составляетъ ничтожная цѣна, обозначенная для виду (venditio nummo uno). Но покупная цѣна не должна быть справедливою; вещь можетъ быть продана много дороже или дешевле противъ своей дѣйствительной стоимости. Только императоръ Діоклетіанъ (285 и 293 гг.) дозволилъ продавцу отступиться отъ сдѣлки, если вещь была продана менѣе, чѣмъ за $1/2$ дѣйствительной своей стоимости (laesio enormis; Cod. 4. 44 1. 2. 1. 8).

способы вознагражденія за убытки (гл. XX), потерялъ свое прежнее значеніе и распространеніе. По мнѣнію Гая [275]), задатокъ устанавливается для того, чтобы легче было доказать существованіе договора. Въ двухъ пьесахъ Плавта продавецъ отказываетъ покупателю въ передачѣ проданнаго предмета, въ отвѣтъ на что покупатель требуетъ отъ него *или* самый предметъ, *или* возвращеніе задатка. Не слѣдуетъ заключать изъ этого, что во время Плавта *договоръ* купли - продажи не имѣлъ еще *юридической* силы, такъ что, при отказѣ продавца, покупателю оставалось лишь просить о возвращеніи задатка (condictio). Въ другихъ пьесахъ находятся мѣста, которыя представляютъ положеніе этого договора въ иномъ свѣтѣ. Такъ, въ одномъ случаѣ дѣйствующее лицо, выдавая себя за посланнаго отъ продавца, проситъ покупателя отступиться отъ заключенной купли дома, но покупатель рѣзко отказываетъ ему, говоря: «каждому свое; вѣдь, еслибы мы переплатили за домъ, то не имѣли бы возможности отказаться отъ него. Пусть же онъ будетъ нашъ теперь, когда отъ него есть выгода». Покупатель не говорилъ бы такимъ языкомъ, если бы не имѣлъ *юридической* возможности сохранить заключенную куплю. Въ другомъ случаѣ продавецъ, желающій удержать у себя проданное, старается подъ разными предлогами представить дѣло такъ, какъ будто бы между нимъ и покупателемъ не состоялось еще окончательное соглашеніе о покупной цѣнѣ, т. е. желая уклониться отъ исполненія договора, онъ представляетъ дѣло такъ, какъ будто бы самый договоръ не былъ еще заключенъ. Вообще у Плавта купля - продажа представляется сдѣлкой настолько распространенной и обыденной, что было бы странно, еслибы она не имѣла въ его время полнаго юридическаго признанія.

res futurae.

Во всякомъ случаѣ она обладала такимъ признаніемъ при Катонѣ. Онъ даетъ землевладѣльцамъ указанія относительно продажи оливъ и винограда, еще несобранныхъ, вина, зимняго корма, приплода, имѣющаго быть отъ овечьяго стада. Такимъ образомъ мы встрѣчаемся здѣсь съ продажею вещей, еще не

---

[275]) *Dig*. 18. 1 fr. 35 pr.

существующихъ, но будущихъ (res futura): плодъ, не снятый съ дерева и т. п., составляетъ особую вещь въ смыслѣ юридическомъ лишь по своемъ отдѣленіи отъ вещи, его производящей. Купля-продажа будущей вещи не могла бы практиковаться, еслибы не пользовалась юридическою защитой: землевладѣлецъ, запродавая произведенія своего имѣнія (причемъ на покупателя возлагалась часто обязанность сбора ихъ), долженъ былъ быть увѣренъ, что его сдѣлка останется ненарушенною. Купля-продажа будущей вещи была извѣстна и позднѣйшимъ юристамъ [276]); ея предметомъ служила вещь, еще не существующая, но долженствующая явиться по законамъ природы. Договоръ былъ условный; въ немъ подразумѣвалось условіе: «если вещь появится». Въ случаѣ непоявленія ея договоръ оказывался недѣйствительнымъ и обѣ стороны освобождались отъ своихъ обязанностей. Эту сдѣлку надо отличать отъ другой, извѣстной подъ именемъ emptio spei; предметомъ этой послѣдней была вещь, появленіе которой возможно ожидать, но въ сдѣлку входилъ при этомъ рискъ со стороны покупателя (напр., покупка тони): покупатель платилъ условленную сумму во всякомъ случаѣ, независимо отъ того, оправдалась-ли его надежда на пріобрѣтеніе купленной вещи [277]).—Современнику Катона, юристу С. Э. Пету приписывается одно рѣшеніе, изъ котораго тоже слѣдуетъ заключить, что купля-продажа была въ то время юридическою сдѣлкою [278]).

Консенсуальный контрактъ.

§ 119. Какъ у Плавта, такъ и у Катона, главныя обязательства продавца и покупателя (обязательство передать вещь, уплатить деньги) устанавливаются, повидимому, простымъ соглашеніемъ сторонъ. Такимъ образомъ опредѣляются у нихъ многія побочныя обстоятельства купли-продажи и вытекающія оттуда обязательства. Такъ у Катона опредѣляется качество проданнаго товара, устанавливаются послѣдствія просрочки (mora) со стороны продавца, обязанность продавца (землевладѣльца) отвѣчать предъ покупателемъ за вредъ, мо-

---

276) *Dig.* 18. 1. fr. 8 pr. (Pomp.).

277) *Dig.* 18. 1 fr. 8 § 1 (Pomp.); 19. 1 fr. 11 § 18 (Iul.); 19. 1 fr. 12 (Cels.)

278) *Dig.* 19. 1 fr. 38 § 1.

гущій быть нанесеннымъ имъ самимъ, его людьми и скотомъ, и обратно, таковая же обязанность покупателя предъ продавцомъ; далѣе соглашеніе касается права обѣихъ сторонъ на совмѣстную пастьбу скота, обязываетъ покупателя не вывозить изъ имѣнія своего инвентаря до полной уплаты покупной суммы, устанавливаетъ сроки, въ которые онъ долженъ испробовать и принять купленное вино или очистить имѣніе; наконецъ соглашеніемъ же устанавливается, что всякій споръ по договору долженъ разбираться въ Римѣ.

Дополнительныя стипуляціи.

Но не всѣ обстоятельства опредѣлялись сказаннымъ путемъ; нѣкоторыя изъ соглашеній облекались въ торжественную форму стипуляціи. У Плавта продавцы гарантируютъ такимъ образомъ покупателей на случай эвикціи, т.-е. на тотъ случай, если продана и передана чужая вещь и настоящій ея собственникъ отберетъ ее у покупателя судебнымъ порядкомъ [279]). У Катона посредствомъ стипуляціи продавецъ выговариваетъ у покупателя часть проданныхъ продуктовъ въ дополненіе къ денежной платѣ или обязываетъ покупателя къ вознагражденію рабочихъ, которые будутъ собирать проданныя оливки. Кромѣ того стипуляція (соединенная съ поручительствомъ) служитъ часто, какъ особое средство гарантировать исполненіе купли-продажи со стороны покупателя: по совершеніи купли-продажи покупатель подтверждалъ торжественно свое обязательство и выставлялъ поручителей. Такая дополнительная и вспомогательная роль стипуляціи при куплѣ-продажѣ не разъ давала поводъ предполагать, что первоначально вся вообще купля-продажа для того, чтобы получить юридическую силу, должна была облекаться въ торжественную стипуляціонную форму, примѣрно, слѣдующимъ образомъ: продавецъ спрашивалъ покупателя, «обѣщаешь-ли ты дать мнѣ такую-то сумму денегъ, если я дамъ тебѣ такую-то вещь»; покупатель, въ свою очередь, спрашивалъ у продавца: «обѣщаешь-ли ты дать

---

[279]) Предметомъ купли-продажи (но не передачи) могла быть завѣдомо чужая вещь; напр. V продаетъ E вещь, которая принадлежитъ A. Въ такомъ случаѣ V обязывался какимъ-либо способомъ доставить эту вещь E, напр., онъ самъ пріобрѣталъ эту вещь у A и потомъ передавалъ ее E.

мнѣ такую-то вещь, если я дамъ тебѣ такую-то сумму денегъ». Условіе связывало двѣ стипуляціи, сами по себѣ самостоятельныя. Огромная роль, которая принадлежала стипуляціи въ римскомъ правѣ и съ которою мы еще познакомимся ниже (гл. XIV), служитъ, конечно, главнымъ основаніемъ такого предположенія; однако въ источникахъ не находится для него фактическихъ подтвержденій.

§ 120. Изъ числа дополнительныхъ стипуляцій двѣ заслуживаютъ особаго вниманія:

Отвѣтственность за эвикцію.

1. *Стипуляція касательно отвѣтственности продавца за эвикцію.* Въ старомъ цивильномъ правѣ эта отвѣтственность, будучи обусловлена тогдашнимъ воззрѣніемъ на воровство (furtum), подразумѣвалась сама собою, какъ скоро происходила манципація, и осуществлялась чрезъ a. auctoritatis in duplum (стр. 59, 101). Потомъ, у Цицерона, и на одной изъ восковыхъ дощечекъ [280]) упоминается неясная для насъ стипуляція съ поручительствомъ (st. secundum mancipium cum satisdatione). Вѣроятно, она служила покупателю гарантіей на случай недѣйствительности манципаціи. При куплѣ-продажѣ, осуществленной черезъ простую традицію — каковымъ порядкомъ совершалась вся торговля съ перегринами (манципація была имъ недоступна) — вышесказанная обязанность продавца не подразумѣвалась сама собою (ср. примѣч. 227); для установленія ея стороны прибѣгали къ стипуляціи, по которой продавецъ обѣщалъ возвратить покупателю въ случаѣ эвикціи покупную сумму или вдвое противъ нея (st. simplae vel duplae) [281]). Разумѣется, такое обѣщаніе не могло быть вынуждено у продавца противъ его воли. Намъ однако этотъ порядокъ не долженъ казаться страннымъ: онъ указываетъ только на то, что первоначальная купля-продажа была по преимуществу рыночною сдѣлкою и притомъ — сдѣлкою международнаго рынка. Ея предметъ составляли вещи, привозимыя изъ заграницы, или вещи движимыя, быстро потребляемыя либо исчезающія отъ взоровъ постороннихъ среди прочаго домашняго инвентаря; опасность эвикціи относительно

[280]) *Bruns*, Fontes, 4-е изд., стр. 201.
[281]) *Dig.* 21. 2.

такихъ вещей была не велика. Когда же предметомъ купли-продажи стали другія вещи, когда она вошла въ употребленіе между Римлянами, тогда отвѣтственность за эвикцію стала для продавца обязательной. Именно курульскіе эдилы, которымъ принадлежалъ полицейскій надзоръ за рынкомъ и разбирательство споровъ по рыночнымъ сдѣлкамъ, сочли за справедливое принуждать продавца къ совершенію гарантирующей стипуляціи. Итакъ, покупатель посредствомъ a. empti могъ вынудить продавца къ обѣщанію возвратить ему въ случаѣ эвикціи покупную цѣну, а если предметомъ купли были цѣнныя вещи, то — вдвое противъ нея [282]). У классическихъ юристовъ Помпонія, Нерація, Папиніана, Ульпіана и Павла помимо всякой стипуляціи, посредствомъ одной a. empti, продавецъ могъ быть принужденъ къ возмѣщенію убытковъ, которые понесъ покупатель отъ эвикціи. Размѣры этихъ убытковъ покупатель долженъ былъ доказать на судѣ, а потому обычай требовать отъ продавца гарантирующую стипуляцію сохранялся и во время классической юриспруденціи: по стипуляціи условленная въ ней сумма присуждалась истцу безъ доказательства. Только Павелъ рѣшилъ, что двойная покупная цѣна можетъ быть взыскана и тогда, когда не было совершено стипуляціи [283]), и такимъ образомъ призналъ въ отвѣтственности продавца за эвикцію существенную принадлежность купли-продажи. Если обнаруживалось, что продавецъ завѣдомо продалъ покупателю чужую вещь, то до наступленія эвикціи онъ могъ быть притянутъ къ отвѣтственности посредствомъ a. utilis. Такъ полагалъ еще Африканъ [284]).

За исключеніемъ этого послѣдняго случая, отвѣтственность продавца наступала лишь тогда, когда проданная вещь отбиралась у покупателя судебнымъ порядкомъ, при чемъ покупатель долженъ былъ своевременно извѣстить продавца о предъявленномъ къ нему спорѣ. Если была продана чужая вещь, но обладатель ея не возбуждалъ о томъ спора, то продавецъ не платился ничѣмъ; отвѣтственность продавца уничтожалась вовсе,

---

[282]) *Dig.* 21. 2. fr. 37.
[283]) *Dig.* 21. 2 fr. 2.
[284]) *Dig.* 19. 1 fr. 30 § 1.

какъ скоро вещь погибала или становилась собственностью покупателя въ силу давности. Изъ всего сказаннаго видно, что купля-продажа обязывала продавца передать вещь покупателю не въ собственность, но въ *безспорное владѣніе.*

Отвѣтственность за доброкачественность вещи.

2. *Стипуляція касательно отвѣтственности продавца за доброкачественность проданной вещи.* Исторія относящейся сюда стипуляціи имѣетъ много общаго съ исторіей стипуляціи предшествовавшей категоріи. Первоначально продавецъ не былъ отвѣтственъ за доброкачественность проданной вещи (такая отвѣтственность не лежала на немъ и въ старомъ цивильномъ правѣ). На случай, если купленныя вещи окажутся дурнаго качества, покупатель заключалъ съ продавцомъ гарантирующую стипуляцію, напр., продавецъ ручался, что проданный имъ скотъ здоровъ, что надъ нимъ не тяготѣетъ опасность поступленія въ кабалу (noxa, стр. 93) и т. п. Многочисленные примѣры такой стипуляціи мы находимъ у Варрона, въ его сочиненіи о сельскомъ хозяйствѣ. Землевладѣльцы покупали необходимый скотъ не иначе, какъ съ ручательствомъ за его доброкачественность; но на городскомъ рынкѣ продавцы легко могли притѣснять своихъ покупщиковъ и отказывать имъ въ гарантирующихъ стипуляціяхъ. Курульскіе эдилы наблюдали за тѣмъ, чтобы на рынкѣ не продавалось ворованныхъ и плохихъ вещей; они же устанавливали торговыя таксы. Далѣе въ своемъ эдиктѣ, извѣстномъ при Цицеронѣ и изданномъ, быть можетъ, при Катонѣ младшемъ (конецъ VI-го вѣка) [283]), они обязываютъ продавца безъ всякаго требованія со стороны покупателя указать ему всѣ недостатки продаваемой вещи; въ противномъ случаѣ продавецъ отвѣчаетъ за всѣ неуказанные имъ недостатки. Эдиктъ относился къ продажѣ рабовъ и животныхъ, интерпретація распространила его примѣненіе на всѣ другіе случаи; продавецъ былъ отвѣтственъ не только за тѣ недостатки вещи, которые онъ скрылъ умышленно, но вообще за всѣ тѣ, которые онъ долженъ былъ бы знать, хотя бы на самомъ дѣлѣ и не зналъ. Въ случаѣ недостатковъ, обнаруженныхъ послѣ купли-продажи, покупатель могъ требовать

---

[283]) *Dig.* 21. 1 fr. 10 § 1.

или отмѣны самой сдѣлки (a. redhibitoria), или соотвѣтствующаго уменьшенія покупной цѣны (a. quanti minoris). Во время классической юриспруденціи, начиная съ Лабеона [286]), возмѣщеніе убытковъ, происшедшихъ отъ недоброкачественности проданной вещи и даже вслѣдствіе самой отмѣны сдѣлки, можно было достигнуть посредствомъ a. empti, сначала — въ случаѣ злоумышленности продавца, а потомъ вообще во всѣхъ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ эдиктомъ эдиловъ. Такимъ образомъ эта отвѣтственность сдѣлалась существенною принадлежностью купли-продажи.

Консенсуальный контрактъ.

§ 121. Старое цивильное право знало два вида формальныхъ договоровъ, юридическая сила которыхъ основывалась на торжественныхъ словахъ (стипуляція) и на письмѣ (литтеральный контрактъ); кромѣ того оно усвоило реальный договоръ (mutuum), сила котораго истекала изъ того факта, что одна сторона обогащалась на счетъ другой. Во всѣхъ этихъ видахъ соглашеніе сторонъ предполагалось, какъ необходимая принадлежность договора, но одно оно не рождало никакихъ юридическихъ послѣдствій. Съ куплею-продажею вошелъ въ римское право новый видъ—договоръ консенсуальный; источникъ его юридической силы заключался, именно, въ соглашеніи безъ связи съ какими-либо другими фактами. Это было высшимъ успѣхомъ римскаго договорнаго права. Одно лицо считалось обязаннымъ предъ другимъ не потому, что оно произнесло предъ нимъ какое-либо особое заповѣдное слово, не потому, что его долгъ былъ записанъ въ книгу, не потому наконецъ, что оно обогатилось на его счетъ, но потому, что выраженіемъ своей воли, своимъ обѣщаніемъ, оно увѣрило противную сторону въ своемъ намѣреніи поступить извѣстнымъ образомъ, совершить извѣстное дѣйствіе; это дѣйствіе прямо касается интересовъ противной стороны, представляя для нея извѣстную выгоду; полагаясь на сдѣланное обѣщаніе, противная сторона ожидаетъ его осуществленія и сообразно съ тѣмъ располагаетъ свой собственный образъ дѣйствій. Было бы несправедливо, еслибы обѣщавшій могъ безнаказанно отступиться

---

[286]) *Dig.* 19. 1 fr. 11 § 3.

отъ своего обѣщанія, и потому исполненіе его объявляется для него обязательнымъ. Такова первоначальная и основная идея консенсуальнаго договора. Практика формальныхъ договоровъ научила человѣка держать, во что бы то ни стало, слово, однажды данное (стр. 207) и та же привычка выработывалась въ сферѣ бытовыхъ отношеній, гдѣ вѣроломство изстари почиталось за величайшую безнравственность (стр. 166 сл.); фидуціарныя сдѣлки (стр. 216 сл.) были непосредственными предшественниками консенсуальнаго договора. Меньшее значеніе въ выработкѣ консенсуальнаго договора принадлежало контракту реальному; этотъ послѣдній вліялъ въ этомъ случаѣ настолько, насколько и въ этомъ послѣднемъ соглашеніе практиковалось, какъ необходимая его принадлежность.

Изъ исторіи купли-продажи видно, какъ не сразу была усвоена юриспруденціей идея консенсуальнаго контракта. Одной привычки къ старому порядку вещей, по которому право собственности пріобрѣталось не иначе, какъ посредствомъ манципаціи, цессіи или традиціи, было достаточно для того, чтобы признать, что проданная вещь переходитъ въ собственность покупателя только съ момента ея передачи; купля-продажа рождала лишь обязательство продавца совершить такую передачу. Но, по мѣрѣ того, какъ практика договора развивалась и къ нему привыкали все болѣе и болѣе, естественно пришли къ той мысли, что главную юридическую причину перехода собственности на купленную вещь слѣдуетъ видѣть въ самой куплѣ-продажѣ. Повидимому, было время, примѣрно, между Кв. Муціемъ Сцеволой [287]) и Сабиномъ и Кассіемъ [288]), когда юристы были склонны самой куплѣ-продажѣ приписывать нѣкоторое вліяніе на переходъ собственности. Однако такая тенденція, въ концѣ концовъ, не овладѣла успѣхомъ. Чисто практическія соображенія, которыхъ коснуться намъ придется ниже (гл. XXI), привели юристовъ къ тому, что въ передачѣ вещи они продолжали признавать непремѣнное условіе перехода права собственности, и даже споръ о томъ, съ котораго момента требовать отъ покупателя добросовѣстности, коль

287) *Dig.* 19. 1 fr. 40.
288) *Dig.* 41. 3 fr. 10.

скоро рѣчь шла о пріобрѣтеніи купленной вещи давностью, (давностью пріобрѣталъ вообще только добросовѣстный владѣлецъ), былъ рѣшенъ Сабиномъ и Кассіемъ въ пользу момента передачи. Напротивъ въ обыденномъ воззрѣніи укрѣплялся все болѣе и болѣе взглядъ на куплю-продажу, какъ на способъ пріобрѣтенія права собственности. Въ 294 г. по Р. Х. императоры Діоклетіанъ и Максиміанъ особою конституціей напоминали, что покупатель не можетъ виндицировать купленную вещь до ея передачи [289]), и нѣсколько ранѣе юристъ Каллистратъ писалъ, что если земельный участокъ «принадлежитъ» кому-либо на основаніи купли-продажи, то неправильно воспользовался бы онъ виндикаціей, пока купленное ему не передано [290]).

Отвѣтственность за periculum.

§ 122. Впрочемъ юриспруденція не могла остаться совершенно чуждою движенію, которое происходило въ обыденномъ воззрѣніи. Оно отразилось въ разрѣшеніи вопроса о *periculum*, т.-е. вопроса — на кого изъ двухъ контрагентовъ, продавца или покупателя, ложится отвѣтственность, если проданная вещь погибаетъ случайно до ея передачи. Купля-продажа, сама по себѣ, не давала покупателю права собственности и юристъ Алфенъ (нач. VIII в.) полагалъ, что если проданное до своей передачи уничтожается по распоряженію эдиловъ, то страхъ такого событія несетъ продавецъ — развѣ только передача была просрочена по винѣ покупателя [291]); слѣдовательно, этотъ послѣдній по меньшей мѣрѣ освобождался отъ своего обязательства платить покупную сумму, а уплаченное долженъ былъ получить обратно. Именно такой исходъ указываетъ еще гораздо позднѣе Африканъ, говоря о томъ случаѣ, когда проданная земля конфискуется почему-либо правительствомъ [292]). Можно думать, что такимъ же образомъ юристы республики рѣшали всегда, какъ скоро рѣчь шла о послѣдствіяхъ *случайной* погибели вещи. — Иное мнѣніе устанавливается въ императорское время. Въ общежитіи давно привыкли смотрѣть

[289]) *Cod.* 3. 32 l. 27.
[290]) *Dig.* 6. 1 fr. 50 pr.
[291]) *Dig.* 18. 6 fr. 13. 15 pr.
[292]) *Dig* 19. 2 fr. 33.

такъ, какъ будто бы покупатель получалъ право собственности въ моментъ купли-продажи; если послѣ того проданная вещь оставалась временно у продавца, то, въ его глазахъ, это была чужая вещь; оставляя ее у себя, онъ какъ бы оказывалъ покупателю особое одолженіе; справедливо, чтобы по крайней мѣрѣ случайная погибель вещи не лишала продавца той выгоды, которую онъ разсчитывалъ получить отъ продажи. И вотъ все это отражается въ мнѣніяхъ юристовъ: покупателю отдается прибыль, которую вещь приноситъ во время между куплей и передачей [293]); покупатель обязывается возмѣстить продавцу расходы, которые вещь потребовала [294]), и вмѣстѣ съ тѣмъ, начиная съ Прокула и Помпонія [295]) и кончая составителями Юстиніановыхъ институцій [296]), periculum относится на счетъ покупателя, такъ что случайная погибель вещи (происшедшая до ея передачи), лишая его всякаго пріобрѣтенія по куплѣ, не снимала съ него его обязательства: онъ все-таки былъ долженъ уплатить продавцу, что̀ обѣщалъ по договору.

Подобно этому Павелъ [297]), говоря о пріобрѣтеніи купленнаго давностью, считалъ необходимымъ, чтобы пріобрѣтатель былъ добросовѣстенъ не только въ моментъ передачи, но и въ моментъ купли.

Соотношеніе обязательствъ продавца и покупателя

§ 123. Обязательства сторонъ устанавливались въ куплѣ-продажѣ силою соглашенія; какъ только-что оно состоялось, стороны были невластны отступиться отъ принятыхъ обязательствъ. Но изъ этого не слѣдовало еще, чтобы контрагенты могли требовать другъ отъ друга выполненія договора, не исполняя сами своихъ обязательствъ. Положеніе продавца и покупателя было неравно и это неравенство отразилось на взаимномъ отношеніи ихъ исковъ. Покупатель интересовался наличною вещью и вопросъ о состоятельности продавца былъ для него обыкновенно — вопросъ второстепенный. Напротивъ

---

293) *Dig.* 19. 1 fr. 13 §§ 10. 11. 13; (Ulp.): *Dig.* 18. 6 fr. 7 pr. (Paul.).

294) *Dig.* 19. 1 fr. 13 § 22 Лабеонъ и др.

295) *Dig.* 18. 6 fr. 8 pr.

296) *Inst.* 3. 23 fr. 3.

297) *Dig.* 41. 3 fr. 48; 41. 4 fr. 2 pr.

состоятельность покупателя представляла для продавца первостепенный интересъ. Чтобы гарантировать ему свою состоятельность покупатель выплачивалъ задатокъ, выставлялъ поручителей; вмѣстѣ съ тѣмъ было принято за правило, что онъ лишь тогда можетъ требовать передачи купленной вещи, когда впередъ уплачиваетъ сполна покупную сумму. Это правило мы находимъ у юристовъ II в. по Р. Х.: Сцеволы [298]), Марцелла [299]) и Ульпіана [300]). По мнѣнію Марцелла, до полной уплаты покупной суммы проданная вещь остается у продавца въ видѣ залога. Только какъ исключеніе допускался обратный порядокъ. Если помѣщикъ мѣшаетъ покупателю собрать купленный имъ урожай винограда и потомъ потребуетъ отъ него уплаты покупной суммы, то противъ такого иска Юліанъ даетъ отвѣтчику возраженіе [301]); аукціонаторъ не могъ требовать отъ аукціонныхъ покупателей уплаты ихъ долга, пока не передавалъ имъ купленное [302]). Но, разумѣется, что весь этотъ порядокъ не составлялъ существенной принадлежности купли-продажи и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ могъ отмѣняться по добровольному соглашенію сторонъ [303]). Однако онъ представляетъ большой интересъ въ историческомъ отношеніи, отнимая одинъ изъ доводовъ у того предположенія, по которому купля-продажа прежде своего преобразованія въ консенсуальный контрактъ, практиковалась въ формѣ реальнаго контракта. По этому предположенію, сначала купля продажа получала силу юридической сдѣлки лишь съ того момента, какъ продавецъ передалъ товаръ покупателю; тогда обогащенный покупатель обязывался уплатить продавцу, что̀ слѣдовало. Съ точки зрѣнія такого предположенія вышеизложенный взглядъ императорскаго періода на послѣдствія periculum составляетъ остатокъ того стараго порядка, когда купля-продажа была реальнымъ договоромъ. Такой же остатокъ усматриваютъ и въ только-что

[298]) *Dig.* 18. 4 fr. 22.
[299]) *Dig.* 21. 1 fr. 29 § 8.
[300]) *Dig.* 19. 1 fr. 13 § 8.
[301]) *Dig.* 19. 1 fr. 25.
[302]) *Gai.* IV. 126a.
[303]) Примѣры: *Dig.* 18. 1 fr. 78 § 2; *Gai.* IV. 126a.

изложенныхъ случаяхъ, въ которыхъ продавецъ долженъ предупредить покупателя въ выполненіи своего обязательства. Но мы объяснили происхожденіе правила о periculum инымъ образомъ и видѣли, что оно составляетъ произведеніе именно императорской юриспруденціи; мы видѣли также, что случаи, гдѣ исполненіе договора продавцомъ должно предшествовать исполненію его покупателемъ, имѣютъ исключительный характеръ въ сравненіи съ другимъ, болѣе общимъ правиломъ. A priori предположеніе о куплѣ-продажѣ, какъ реальномъ договорѣ, не представляетъ ничего невѣроятнаго; но мы не имѣемъ за него подтвержденія въ свойствахъ купли-продажи, какъ она является предъ нами въ источникахъ. Какъ можно видѣть изъ всего предшествующаго изложенія, важнѣйшія особенности купли-продажи объясняются удовлетворительно, не требуя такого предположенія, — насколько вообще возможно удовлетворительное объясненіе при скудости историческихъ данныхъ.

Договоръ мѣны.

§ 124. Въ исторіи рынка купля-продажа была преобразованіемъ мѣны. Но родственный такимъ образомъ куплѣ-продажѣ договоръ *мѣны* (permutatio [304]) и во время классической юриспруденціи оставался реальнымъ договоромъ, т. е. договоръ получалъ *юридическую* силу лишь послѣ того, какъ одинъ изъ контрагентовъ передалъ другому свою вещь; тогда этотъ послѣдній становился обязаннымъ передать ему то, что было условлено. Однако это не даетъ еще никакихъ указаній на *юридическое* прошлое купли-продажи. На рынкѣ купля, конечно, шла рука объ руку съ мѣною и постепенно обособилась отъ нея, но когда возникъ вопросъ о юридическомъ формулированіи купли, какъ особой сдѣлки, тогда мѣна занимала уже слишкомъ второстепенное значеніе, чтобы обратить на себя вниманіе юриста. Юридическое формулированіе купли-продажи совершилось независимо отъ мѣны. Эта послѣдняя сохраняла характеръ бытовой сдѣлки, имѣвшей болѣе домашній, нежели рыночный характеръ; на рынкѣ же обѣ стороны обмѣнивались своими товарами немедленно, такъ что не возникало вопроса о юридическихъ послѣдствіяхъ сдѣлки. До суда могли

---

[304]) *Dig.* 19. 4; *Cod.* 4. 64.

дойти тѣ случаи, въ которыхъ одна сторона обманула довѣріе другой и, получивъ обѣщанную ей вещь, уклонилась отъ выдачи своего товара. Въ такихъ случаяхъ потерпѣвшій могъ требовать обратно уплаченное имъ, а по старому праву и обвинить противника въ воровствѣ. Только въ императорское время юристы конструировали мѣну какъ реальный контрактъ. Въ этой своей формѣ мѣна не породила даже своего особаго иска, но охранялась, наравнѣ съ прочими безыменными реальными контрактами, посредствомъ a. praescriptis verbis.—Одна партія юристовъ (сабиніанцы) имѣла тенденцію сообщить мѣнѣ характеръ консенсуальнаго договора, разсматривая мѣну какъ видъ купли-продажи, но эта попытка, извращавшая историческое значеніе мѣны, не увѣнчалась успѣхомъ — лучшее доказательство того, что вопросъ о юридическомъ формулированіи мѣны не представлялъ особаго практическаго интереса.

Итакъ *юридическая* исторія купли-продажи имѣла мало общаго съ *юридической* исторіей мѣны. Реальный характеръ договора мѣны не говоритъ въ пользу существовавшаго когда-то реальнаго характера купли-продажи, потому что былъ присвоенъ юриспруденціей мѣнѣ тогда, когда купля-продажа давно употреблялась какъ консенсуальный договоръ.

Наемъ имуществъ.

Отношеніе къ куплѣ-продажѣ.

§ 125. Нѣкоторые, сохранившіеся въ источникахъ остатки старой терминологіи, гдѣ нанимать (conducere) обозначается словомъ покупать (emere) и отдавать внаймы (locare) — словомъ продавать (vendere), даютъ поводъ думать, что сначала наемъ имуществъ не имѣлъ значенія самостоятельной юридической сдѣлки и подходилъ подъ понятіе купли-продажи. Однако уже во время Плавта, насколько можно судить по его комедіямъ, наемъ (по крайней мѣрѣ наемъ движимости: одежды, скота) обособился, и если у Катона представляются въ видѣ купли-продажи соглашенія, близкія къ арендѣ (наемъ пастбища, стада,—въ видѣ купли-продажи будущаго корма, приплода), то это можетъ свидѣтельствовать лишь о неполномъ разграниченіи обѣихъ сдѣлокъ въ случаяхъ, относительно сложныхъ. И у

позднѣйшихъ юристовъ [305]) по поводу нѣкоторыхъ наиболѣе запутанныхъ случаевъ возникали споры, — куда именно, къ куплѣ или найму, относятся они. Итакъ, уже въ VI столѣтіи наемъ составлялъ особую юридическую сдѣлку, принадлежавшую къ разряду консенсуальныхъ договоровъ. Подъ именемъ найма имуществъ разумѣлось соглашеніе двухъ сторонъ, отдающаго въ наемъ (locator) и нанимателя (conductor), о томъ, что первый отдастъ второму въ пользованіе какую-либо вещь, съ обязательствомъ возвратить ее по окончаніи пользованія, а второй уплатитъ ему за то опредѣленную сумму денегъ [306]) Пользованіе предполагаетъ сохраненіе вещи въ цѣлости, безъ ея уничтоженія или потребленія. Каждая изъ сторонъ имѣетъ искъ (a. locati, a. conducti) для принужденія противной стороны къ исполненію принятаго ею обязательства. Договоръ исполняется тѣмъ, что отдающій въ наемъ передаетъ нанимателю вещь для пользованія и поддерживаетъ возможность такого пользованія во все теченіе найма; наниматель же уплачиваетъ ему наемную плату. Отсюда видно главное отличіе найма отъ купли-продажи: покупателю вещь отдается безвозвратно, наниматель же получаетъ ее на время. Право собственности на нанятую вещь остается у того, кому оно принадлежало до найма.

Опредѣленіе.

§ 126. Перегрины и разный незначительный людъ, не имѣвшій прочной осѣдлости въ городѣ, положили начало найму городской недвижимости. Такія лица поселялись въ наемныхъ квартирахъ. Потомъ въ положеніи жильцовъ (inquilini) встрѣчаются представители другихъ классовъ общества. Сулла въ

Первые наниматели.

---

305) *Gai*. II. 145.

306) *Gai*. III. 142—147; *Dig*. 19. 2; *Cod*. 4. 65; *Inst*. 3. 24. *Degenkolb*, Platzrecht und Miethe, 1867, стр. 127—222; *Voigt*, прилож. XXI §§ 19—22; *Pernice*, I, стр. 466—469.

307) Предметомъ найма, какъ и купли-продажи, могли быть вещи всякаго рода, притомъ какъ принадлежащія отдающему въ наемъ, такъ и составляющія собственность третьяго лица: отдать въ наемъ можно и чужую вещь. Почти все, что могло быть предметомъ купли, могло быть и предметомъ найма. Наемная плата должна представлять тѣ же качества, какъ и покупная сумма; конституціи имп Діоклетіана 285 и 293 г. (примѣч. 274) къ наемной платѣ не относились.

молодости нанималъ квартиру въ 3000 сестерцій и въ томъ же домѣ, на верху, помѣщался вольноотпущенникъ, платившій 2000. При Цицеронѣ почтенный гражданинъ, если нуждался въ квартирѣ, нанималъ обыкновенно цѣлый домъ. — Въ селахъ образовалась аренда имѣній. Въ этомъ видѣ найма пользованіе нанятою вещью состояло въ присвоеніи и потребленіи продуктовъ имѣнія и потому его могли смѣшивать съ куплею будущей вещи. Арендаторы (coloni) платили помѣщику какъ частью собраннаго продукта (colonia partiaria), такъ и деньгами. Первый видъ платы былъ, конечно, древнѣе втораго и долгое время сохранялся рядомъ съ нимъ, такъ что въ дополненіе къ денежной арендной платѣ помѣщикъ выговаривалъ у арендатора часть продукта. — Положеніе жильцовъ и арендаторовъ по необходимости было нѣсколько приниженное: не имѣть своего и класть свои силы на разработку чужаго не считалось признакомъ особой добропорядочности. Отсюда произошло, можетъ быть, то, что такое отношеніе, какъ наемъ имуществъ, было облечено именно въ форму чистыхъ обязательствъ и лишено совершенно вещнаго характера. Наниматель противъ отдавшаго въ наемъ имѣлъ личный искъ (a. in personam) подобно покупщику и вообще всякому кредитору по обязательству; искъ имѣлъ своимъ содержаніемъ личное требованіе и непосредственно не относился къ вещи, отданной внаймы. Собственникъ вещи, отдавъ ее въ наемъ одному лицу, могъ потомъ продать ее другому лицу, и покупателю не было никакого дѣла до нанимателя, которому оставалось лишь взыскивать свои убытки съ своего контрагента. Въ куплю-продажу могло быть включено соглашеніе (такъ обыкновенно и дѣлалось) о томъ, что покупатель соблюдетъ условія найма, но въ случаѣ уклоненія покупателя отъ этого притянуть его къ суду могъ не наниматель, но продавецъ — посредствомъ a. venditi [303]); наниматель же, по прежнему, сохранялъ лишь a. conducti противъ продавца. Такая конструкція отличала наемъ отъ узуфрукта, въ которомъ пользованіе вещью охранялось вещнымъ искомъ (a. in rem), такъ что узуфрук-

Юридическія отношенія.

---

[303]) *Dig.* 19. 1 fr. 13 § 30; ср. *Cod.* 4. 65 l. 9.

туаръ могъ обратиться съ своимъ требованіемъ къ любому владѣльцу вещи, отданной ему въ пользованіе. Но узуфруктъ возникъ въ области иныхъ отношеній; онъ служилъ выраженіемъ добраго расположенія почтенныхъ гражданъ къ своимъ родственникамъ и друзьямъ и потому не могъ служить образцомъ для найма. — Наниматель былъ долженъ пользоваться нанятою вещью лично. Впрочемъ Лабеонъ находилъ, что при долгосрочной арендѣ онъ можетъ раздѣлять это право съ другими лицами и лишь имп. Александръ въ 224 г. призналъ за всѣми нанимателями право передавать наемъ въ другія руки безъ согласія отдавшаго въ наемъ [309]). Само собою разумѣется, что предъ этимъ послѣднимъ отвѣтственнымъ оставался первоначальный наниматель. — Во всякомъ случаѣ наниматель, такъ же какъ и узуфруктуаръ, былъ хозяиномъ нанятой вещи, т. е. могъ пользоваться ею по своему усмотрѣнію, подъ непремѣннымъ условіемъ соблюсти ея хозяйственное назначеніе; такъ, напр., въ нанятой квартирѣ наниматель располагается, какъ находитъ нужнымъ. Это отличаетъ наемъ недвижимостей отъ поклажи недвижимостей или отдачи ихъ на сохраненіе. Принявшій на сохраненіе, напр., домъ, живетъ въ немъ, но, въ противоположность нанимателю, долженъ оставить въ немъ все въ томъ же видѣ, какъ принялъ, ничего не измѣняя и не перемѣщая.

Первоначальныя формы.

§ 127. Такъ-же какъ и относительно купли-продажи, относительно найма нѣтъ данныхъ, которыя удостовѣряли бы, что этотъ договоръ заключался сначала въ видѣ двухъ стипуляцій или же имѣлъ форму реальнаго контракта. Въ дигестахъ нѣтъ прямаго подтвержденія того правила, что наниматель обязанъ платить наемную плату не иначе, какъ по полученіи нанятой вещи; у Катона же часто помѣщикъ выговариваетъ себѣ право— въ случаѣ неисправности арендатора воздержаться въ соотвѣтствующей степени отъ выполненія своихъ собственныхъ обязательствъ. Стало быть, въ этомъ послѣднемъ случаѣ исправность отдающаго въ наемъ ставится въ зависимость отъ исправности нанимателя — порядокъ, который прямо противорѣчитъ

[309]) *Cod.* 4. 65 fr. 6.

тому, что̀ должно было бы быть при реальномъ контрактѣ, но который согласуется вообще съ приниженнымъ положеніемъ нанимателя.—По другимъ пунктамъ исторія найма, насколько это опредѣлялось особенностями сдѣлки, шла своимъ путемъ независимо отъ исторіи купли-продажи. Вопросъ объ отвѣтственности отдающаго въ наемъ за недоброкачественность вещи разрѣшался такъ-же, какъ и тамъ. Эдиктъ курульскихъ эдиловъ не касался найма, но, по мнѣнію юристовъ, наниматель посредствомъ a. conducti взыскиваетъ съ противной стороны убытки, которые онъ терпѣлъ оттого, что нанятая вещь оказывалась недоброкачественной; въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда притомъ отдающій въ наемъ самъ заблуждался относительно качества вещи, его отвѣтственность понижалась до простаго возвращенія наемной платы. Съ другой стороны, отдающій въ наемъ отвѣчалъ за доброкачественность вещи не только въ моментъ заключенія договора, но во все продолженіе наемныхъ отношеній: обязанность поддерживать вещь въ состояніи, годномъ для пользованія ею, лежала не на нанимателѣ, но на его контрагентѣ, и эта особенность составляла второе отличіе найма отъ узуфрукта. Въ узуфруктѣ напротивъ сказанная обязанность возлагалась на узуфруктуара, который особо гарантировалъ, что онъ будетъ пользоваться вещью согласно съ ея хозяйственнымъ назначеніемъ и что по окончаніи узуфрукта она будетъ возвращена собственнику ея въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ была отъ него получена.—Иначе, чѣмъ въ куплѣ-продажѣ, разрѣшались вопросы о послѣдствіяхъ эвикціи и о periculum. Въ случаѣ эвикціи, хотя бы совершенно непредвидѣнной тѣмъ, кто отдавалъ вещь въ наемъ, наниматель возмѣщалъ чрезъ a. conducti всѣ свои убытки (Прокулъ, Помпоній). Точно такъ же и periculum относился на счетъ отдающаго въ наемъ. Уже Сервій Сульпицій Руфъ толковалъ въ пользу арендатора тѣ случаи, когда онъ лишался урожая, вслѣдствіе какихъ-либо особыхъ событій, напр., урагана, землетрясенія, войны; далѣе и Алфенъ и Ульпіанъ, раздѣленные другъ отъ друга почти тремя столѣтіями, одинаково рѣшали, что periculum est locatoris. Если нанятая вещь случайно погибала, то съ

Отвѣтственность за доброкачественность вещи

Эвикція

periculum.

нанимателя слагалась наемная плата пропорціанально понесенной имъ потери. Во всемъ этомъ не слѣдуетъ видѣть какой-либо особой льготы нанимателя. Во все продолженіе найма вещь оставалась въ собственности того, кому она принадлежала до найма, и не представлялось основанія переносить на какое-либо другое лицо рискъ за эвикцію или за случайную погибель вещи.

Наемъ состоялъ къ *ссудѣ* совершенно въ такомъ же историческомъ отношеніи, какъ купля-продажа къ мѣнѣ (§ 124); объ этомъ предметѣ мы скажемъ нѣсколько ниже (§ 131).

Въ концѣ имперіи наемъ имуществъ сдѣлался источникомъ новыхъ институтовъ: суперфиція (superficies), колоната и эмфитевзиса (emphyteusis); объ этихъ институтахъ будетъ рѣчь въ главѣ XXII.

Остальныя формы.

§ 128. Куплею-продажею и наймомъ имуществъ не исчерпывались случаи консенсуальнаго контракта. Одновременно съ названными формами образовался договоръ товарищества (societas, гл. XXII); форма найма получила примѣненіе относительно личныхъ услугъ (личный наемъ), и вслѣдъ за тѣмъ образовался четвертый консенсуальный контрактъ — договоръ порученія (гл. XIV) и такимъ образомъ составилась законченная группа четырехъ «консенсуальныхъ» контрактовъ, юридическое признаніе которыхъ, основываясь на преторскомъ эдиктѣ, интерпретація свела въ концѣ концовъ на постановленіе XII таблицъ о pacta: купля-продажа, наемъ (имущественный и личный), товарищество и порученіе.

Потомъ юриспруденція, преторъ и законодательство признали юридическую силу договора за нѣкоторыми другими соглашеніями; по существу своему, это были консенсуальные договоры, но они назывались просто *pacta*. Сюда относились:

соглашенія, получившія признаніе въ силу интерпретаціи: соглашенія, заключенныя въ дополненіе къ вышеназваннымъ консенсуальнымъ договорамъ (pacta adiecta, гл. XX);

соглашенія, признанныя преторомъ (pacta praetoria), каковы: соглашеніе о разрѣшеніи даннаго спора присягою [310]) и constitutum (§ 132);

[310]) *Dig.* 12. 2.

соглашенія, освященныя законами (pacta legitima): о дареніи (гл. XVII), о приданомъ (428 г.) [311]) и соглашеніе о разрѣшеніи дѣла третейскимъ судомъ (компромиссъ (529 г.) [312]).

II. Характеръ новаго обязательственнаго права и договора.

§ 129. Ограничимся пока вышеизложенными формами и воспользуемся ими для того, чтобы показать самый характеръ новыхъ обязательствъ и новаго договора.

Характеръ обязательствъ.

Относительно обязательствъ надо сказать слѣдующее:

1. Въ старомъ цивильномъ правѣ содержаніе обязательствъ составляло *dare*, т.-е. должникъ обязывался передать что-либо кредитору въ собственность или въ сервитутъ; такъ, по займу должникъ обѣщалъ передать въ собственность кредитора опредѣленную сумму денегъ или другихъ вещей, способныхъ быть предметомъ займа; по стипуляціи онъ могъ обѣщать кредитору передать ему какую-нибудь вещь или установить на нее сервитутъ. Обязательство dare осуществлялось посредствомъ акта установленія собственности или сервитута. Въ новомъ правѣ сохраняется, конечно, этотъ видъ обязательствъ; подъ dare разумѣется вообще обязательство, клонящееся къ установленію какого-либо вещнаго права (наравнѣ съ сервитутами признаются другія права на чужую вещь), но при этомъ dare сохраняетъ свой прежній техническій смыслъ, обозначая только цивильныя права. Поэтому мы не встрѣчаемъ термина dare въ формулахъ in factum conceptae (стр. 250); напротивъ онъ часто читается въ формулахъ in ius conceptae, наприм.: «если окажется, что NN долженъ *дать* AA 10.000...» — По этимъ не ограничивались новыя обязательства. Всякое другое дѣйствіе, помимо dare, могло служить ихъ содержаніемъ, напр., предоставленіе вещи въ пользованіе, услуга и т. д. Для обозначенія такого содержанія употреблялись по преимуществу термины: praestare и facere. Точный смыслъ перваго изъ нихъ неясенъ, равно какъ неясно и первоначальное значеніе слова facere. Ко времени классической юриспруденціи «praestare» стало

---

311) *Cod. Theod.* 3. 13. 1. 4.

312) *Cod.* 2. 55. 1. 4.

выходить изъ употребленія и facere обозначало вообще всякое обязательство въ противоположность dare. Обязательство, имѣвшее своимъ содержаніемъ facere, легко могло сопровождаться какими-либо другими, съ содержаніемъ dare; наприм., обязательство поклажепринимателя возвратить поклажу (facere) сопровождалось обязательствомъ вознаградить (dare) поклажедателя за вредъ, причиненный его вещи во время храненія. Въ такихъ случаяхъ въ судебной формулѣ писалось: dare facere.

2. Въ первоначальномъ квиритскомъ правѣ отдѣльныя права представлялись вообще въ видѣ возможности непосредственнаго воздѣйствія субъекта на объектъ: собственникъ обладалъ такимъ образомъ своею вещью, кредиторъ—господствовалъ надъ своимъ должникомъ (кабальное право). Уже въ самомъ цивильномъ правѣ съ появленіемъ стипуляціи, займа (mutuum) и другихъ формъ это представленіе должно было измѣниться по отношенію къ обязательствамъ; оно окончательно приняло новый видъ въ общенародномъ правѣ. Объектомъ юридическаго господства кредитора, по прежнему, продолжалъ быть самъ должникъ [313]), но подчиненіе его изъ полнаго, какимъ оно являлось въ кабальномъ правѣ, стало частичнымъ, одностороннимъ, существующимъ ради опредѣленной цѣли. Кредиторъ имѣлъ право потребовать отъ должника совершеніе опредѣленныхъ дѣйствій. Этотъ взглядъ на обязательства выразилъ впослѣдствіи Павелъ [314]); по его опредѣленію, существо обязательствъ состоитъ не въ томъ, что какая-либо вещь или сервитутъ становится нашимъ, но въ томъ, что кто-либо принуждается дать намъ что-либо или сдѣлать что-либо въ нашу пользу. Раздѣленіе правъ и исковъ на вещные (a. in rem) и личные (a. in personam), присущее и квиритскому порядку, выяснилось теперь окончательно. Вещное право (соб-

---

[313]) По вопросу объ объектѣ правъ по обязательствамъ см. полемику Бринца и Зома въ Zeitschrift für das privat und oeffentliches Recht, 1874, стр. 11; 1877, стр. 457; см. также *Муромцевъ*, Опредѣленіе права, 1879, § 128.

[314]) *Dig.* 44. 7 fr. 3 pr.: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel aliquam servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel praestandum.

ственность, сервитутъ и др.) имѣло своимъ предметомъ вещь; вещный искъ предъявлялся къ тому, у кого она находилась. Личное право (обязательство) имѣло своимъ предметомъ опредѣленное лицо; личный искъ предъявлялся именно къ этому лицу. Въ формулахъ in ius conceptae это различіе выражалось видимымъ образомъ. Въ случаѣ вещнаго иска личность отвѣтчика не обозначалась въ intentio, которая писалась такъ: «если окажется, что такая-то вещь принадлежитъ АА....», или «если окажется, что АА имѣетъ право прохода, проѣзда и т. д. чрезъ такое-то имѣніе....»; въ случаѣ личнаго иска въ intentio назывался отвѣтчикъ: «если окажется, что NN долженъ дать АА столько-то....»

3. Въ старое время одно и то же воззрѣніе удовлетворяло юриста одинаково какъ въ томъ случаѣ, когда право разсматривалось съ жизненной стороны его, такъ и въ томъ, когда рѣчь шла о процессуальномъ состояніи права. Наличность спорнаго предмета предъ судомъ, обликъ самоуправства, усвоенный процессу, наконецъ судебное рѣшеніе, присуждавшее истцу именно объектъ его иска (вещь, должника) показывали каждое гражданское право на судѣ въ томъ же свѣтѣ, въ какомъ оно представлялось въ жизни, т. е. въ формѣ возможности непосредственнаго воздѣйствія на предметъ. — Теперь юристу пришлось отказаться отъ такой простоты или однообразія понятій. Измѣненія, которыя произошли въ судопроизводствѣ, обнаружили, что процессуальное положеніе каждаго права отлично отъ его положенія въ жизни и относительно обязательствъ это было особенно замѣтно. Еще въ V вѣкѣ законъ Петелія перевелъ взысканіе съ личности должника на его имущество (§ 86); преторскій эдиктъ работалъ въ томъ же направленіи. Въ судопроизводствѣ по формуламъ, въ чемъ бы ни состояло обязательство, по которому должникъ оказался неисправнымъ, судебный приговоръ содержалъ только осужденіе должника къ уплатѣ извѣстной денежной суммы, представлявшей собою эквивалентъ долга (aestimatio pecuniaria) [315]); должникъ (за нѣкоторыми исключеніями) могъ избѣжать такого приговора, удовлетворивъ кредитора до поста-

---

[315]) *Gai* IV. 48. 52.

новленія судебнаго приговора: тогда приговоръ постановлялся оправдательный. Итакъ судебному осужденію была усвоена во всѣхъ случаяхъ, даже и въ случаяхъ вещныхъ исковъ, одна отвлеченная форма: осужденіе къ денежной уплатѣ. Преторъ перегриновъ не имѣлъ права отнимать у Римлянъ вещей, которыя принадлежали имъ по цивильному праву, и это обстоятельство послужило, можетъ быть, первоначальною причиной введенія денежной оцѣнки иска. Потомъ такая оцѣнка представляла и свои практическія удобства (ср. гл. XX). Она вообще согласовалась съ денежнымъ характеромъ, который принимало теперь римское хозяйство и съ духомъ спекуляцій, который проникъ весь римскій коммерческій обиходъ; благодаря постоянному посредничеству банкировъ разнообразныя отношенія сводились на деньги, и какъ государство отдавало на откупъ всѣ свои наиболѣе сложныя доходныя статьи, такъ и частныя лица «производили съ подряда все, что только возможно было отдать подъ контрактъ — постройки, уборку жатвы, даже разсчетъ по наслѣдству и ликвидацію конкурсныхъ дѣлъ» (Моммсенъ). Если отвѣтчикъ не исполнялъ приговора добровольно, либо оказывался не въ состояніи исполнить его, то кредиторы его получали отъ претора полномочіе вступить, съ соблюденіемъ извѣстныхъ условій, во временное обладаніе его имуществомъ, въ видахъ его сохраненія отъ растраты (missio in bona rei servandae causa). Это имущество продавалось потомъ, съ соблюденіемъ ряда формальностей, съ публичнаго торга (bonorum venditio) [316]. Имущество продавалось въ своемъ цѣломъ составѣ, безъ раздробленія. Покупатель (bonorum emptor), за которымъ оно оставалось, вступалъ во всѣ права и обязательства неисправнаго должника и удовлетворялъ его кредиторовъ, выплачивая имъ пропорціонально той суммѣ, которую самъ далъ на торгахъ: съ должниковъ же неисправнаго должника купившій его имущество (bonorum emptor) взыскивалъ такъ, какъ будто бы онъ самъ былъ ихъ кредиторомъ. Для этой цѣли судебная формула писалась своеобразно: въ intentio обозначался первоначальный кредиторъ (т. е. лицо,

---

316) *Gai.* III. 77—81.

чье имущество продано съ публичнаго торга), въ condemnatio же обозначался новый кредиторъ (т. е. лицо, купившее имущество на публичномъ торгу), напр., такъ: «если окажется, «что NN долженъ AA столько-то, то присуди NN уплатить «эту сумму такому-то (bonorum emptor'у) и проч.». Такая формула называлась formula Rutiliana. Весь этотъ порядокъ былъ введенъ преторомъ Рутиліемъ [317]), какъ кажется, въ первой половинѣ VII столѣтія (636 г.?); онъ просуществовалъ не менѣе пяти столѣтій. Въ концѣ республики formula Rutiliana была дополнена другою (formula Serviana), въ которой истецъ (bonorum emptor) уподоблялся наслѣднику. При христіанскихъ императорахъ послѣдовало измѣненіе всего порядка взысканія въ томъ смыслѣ, что мѣсто bonorum emptor'a занялъ особый «попечитель» (curator bonorum), который назначался магистратомъ, по соглашенію съ кредиторами, и распродавалъ должниково имущество по частямъ, удовлетворяя кредиторовъ изъ вырученной суммы [318]), — форма взысканія, еще ранѣе допущенная, въ видѣ льготы, относительно неисправныхъ должниковъ изъ сенаторскаго званія [319]). — Такимъ образомъ судебное преслѣдованіе должника кредиторомъ приводило неизмѣнно ко взысканію съ перваго въ пользу втораго извѣстной денежной суммы, тогда какъ содержаніе обязательства могло состоять и въ чемъ-либо другомъ. Вся процедура судебнаго удовлетворенія, начиная съ приговора и кончая продажею должникова имущества, имѣла прежде всего лишь то значеніе, что служила средствомъ устрашенія должника и принужденія его къ выполненію обязательства. Возможность непосредственнаго воздѣйствія кредитора на должника, составлявшая неотъемлемое существо кабальнаго права, была устранена изъ суда; личная расправа, если еще и допускалась здѣсь (стр. 197), то была исключительнымъ явленіемъ. Право по обязательству, въ его процессуальномъ положеніи, состояло въ возможности непосредственнаго воздѣйствія на имущество должника и это воздѣйствіе было косвеннымъ, по

---

317) *Gai.* IV. 35

318) *Dig.* 42. 7; *Inst.* 3. 12.

319) *Dig.* 27. 10 fr. 5.

довольно рѣшительнымъ средствомъ къ тому, чтобы понудить (насколько то было возможно) къ выполненію его долга.

§ 130. Обращаемся теперь къ характеру договора:

Характеръ договора.

1. Уже юридическое признаніе займа-mutuum было рѣшительнымъ шагомъ въ новомъ направленіи: вмѣсто предписанной торжественной формы, обязательство устанавливалось реальнымъ контрактомъ. Общенародное право сообщило этому виду дальнѣйшее развитіе (§ 131) и сверхъ того выработало еще новый видъ — консенсуальный контрактъ. Способъ соглашенія былъ предоставленъ вполнѣ усмотрѣнію сторонъ; не было ни предписанныхъ словъ или жестовъ, ни указаннаго числа свидѣтелей. Это упрощеніе коснулось даже стипуляціи, которая практиковалась въ общенародномъ правѣ такъ же, какъ и въ цивильномъ. Въ то время какъ между Римлянами она по прежнему заключалась формулою: spondesne? spondeo и эта формула не допускалась въ оборотѣ съ перегринами, въ этомъ послѣднемъ имѣли юридическую силу всѣ другія слова, выражавшія обѣщаніе, какъ, напр.: dabisne? dabo; promittis? promitto; facies? faciam [320]).

2. Какъ наслѣдіе формализма въ новомъ договорномъ правѣ удерживались различныя формальности, соблюдаемыя контрагентами по доброй волѣ. Для ихъ сохраненія и даже для введенія новыхъ существовали также достаточныя практическія основанія: формальности служили къ вящему доказательству совершенной сдѣлки предъ судомъ. Свидѣтели уже давно утратили свое первоначальное значеніе (§ 28) и въ самыхъ формальныхъ актахъ служили, какъ средство доказательства, но особенную важность получили письменные документы. V и VI столѣтія были временемъ распространенія письменности въ Римѣ. Мы видѣли, какъ въ судопроизводствѣ появилась письменная формула; точно такъ же договоры стали засвидѣтельствоваться письменно [321]). Во время Цицерона были въ большомъ ходу письменные договоры, даже въ случаяхъ, которые не пользовались еще юридическою защитою; доказательствами

[320]) *Gai.* III. 92—95

[321]) *Gai.* III. 131—134; *Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, 1880.

служили памятныя записи займа (nomina arcaria), и эти записи не слѣдуетъ смѣшивать съ тѣми, которыя составляли литтеральный контрактъ (nomina transcriptitia, § 94). Nomina arcaria сами по себѣ не рождали обязательства, но только свидѣтельствовали о немъ; обязательство же возникало rè, т. е. въ силу факта выдачи кому-либо денегъ. Кромѣ расходныхъ записей сдѣлки и обязательства удостовѣрялись особенными документами. Они представлялись въ двухъ видахъ. Или документъ писался тѣмъ, у кого долженъ былъ остаться (кредиторомъ); доказательная сила такого документа заключалась въ свидѣтельскихъ печатяхъ, приложенныхъ къ нему. Или же документъ писался выдававшимъ его (хирографы); доказательная сила въ этомъ случаѣ обусловливалась прежде всего рукою выдавшаго, или писца, писавшаго по его порученію. Документъ втораго рода былъ какъ бы письменнымъ признаніемъ того, отъ кого онъ выдавался; къ нему тоже прикладывались свидѣтельскія печати. Хирографы, заимствованные, какъ кажется, изъ Египта, вошли въ употребленіе у Римлянъ во время Цицерона и впослѣдствіи вытѣснили собою документы другаго рода.—Изъ того обстоятельства, что подъ документами помѣщались обыкновенно свидѣтельскія печати, слѣдуетъ заключить, что письменное удостовѣреніе сдѣлокъ явилось не столько взамѣнъ удостовѣренія ихъ чрезъ свидѣтелей, сколько въ помощь ему. Оно могло имѣть особое значеніе тогда, когда закономъ не было предписано присутствіе опредѣленнаго числа свидѣтелей (стипуляція, заемъ, купля-продажа и т. д.). Общее названіе письменнаго удостовѣренія сдѣлки была cautio. Полную доказательную силу такое удостовѣреніе имѣло лишь тогда, когда въ немъ обозначалось юридическое основаніе долга (cautio discreta); въ противномъ же случаѣ, когда оно содержало въ себѣ одно голое признаніе долга (cautio indiscreta), то рождало только предположеніе, которое лицу заинтересованному предстояло подкрѣпить еще другими данными.

3. Договоры стараго цивильнаго права требовали для своего совершенія присутствія обѣихъ сторонъ. Въ новомъ правѣ допускалось соглашеніе двухъ сторонъ, удаленныхъ другъ отъ

друга. Средствомъ соглашенія служили письма и посланцы (nuntii). Это есть такъ-называемый случай заключенія договора отсутствующими; подробной разработки его римскіе юристы не оставили [322]).

4. Старое цивильное право знало только односторонніе договоры, т. е. въ нихъ одна сторона выступала въ положеніи кредитора, а другая въ положеніи должника. Купля-продажа и наемъ представили образецъ двустороннихъ договоровъ: здѣсь каждая изъ сторонъ была одновременно и кредиторомъ и должникомъ; наприм., продавецъ былъ кредиторомъ, потому что имѣлъ получить отъ покупателя покупную сумму, и вмѣстѣ съ тѣмъ онъ былъ должникомъ, потому что былъ обязанъ передать покупателю проданную вещь; въ свою очередь, покупатель былъ кредиторомъ въ отношеніи этой вещи и должникомъ въ отношеніи покупной платы. Подобное же противоположеніе существовало и въ отношеніяхъ по найму. Такимъ образомъ договоръ заразъ устанавливалъ нѣсколько обязательствъ. То же повторилось и въ другихъ договорахъ новаго происхожденія. Въ договорѣ *товарищества* (societas) всѣ участвующіе обязывались взаимно по отношенію другъ къ другу; въ прочихъ договорахъ соединеніе многихъ обязательствъ не составляло ихъ существенной принадлежности, но допускалось въ случаяхъ необходимости.

III. Преобразованіе недоговорныхъ отношеній въ договорныя.

(начало VIII вѣка).

§ 131. Идея договора, получивъ гражданство въ системѣ юридическихъ идей, была приложена ко многимъ отношеніямъ, которыя сначала представлялись какъ недоговорныя. Это распространеніе новой идеи составляетъ вторую стадію въ исторіи этой идеи. Такъ возникли: 1) «реальные» контракты: прекарій, ссуда, поклажа, залогъ [323]), 2) «безыменные» реальные

[322]) См., напр., *Gai.* III. 136; *Dig.* 18. 1 fr. 1 § 2; см. у *Voigt'a*, III, стр. 96 сл.

[323]) *Pernice*, I, 423—439; *Ubellohde, Zur Geschichte der benannten Realcontracte*, 1870.

контракты и 3) изъ консенсуальныхъ контрактовъ договоръ порученія и constitutum. О договорѣ порученія будетъ рѣчь въ слѣдующей главѣ, о безыменныхъ реальныхъ контрактахъ — въ главѣ XX, объ остальныхъ мы скажемъ теперь-же.

Договоръ ссуды.

1. *Безвозмездное пользованіе чужою вещью.* Передача вещи кому-либо въ безвозмездное пользованіе была, конечно, извѣстна очень рано, какъ не-юридическая сдѣлка изъ области добрыхъ сосѣдскихъ и дружескихъ отношеній. Невозвращеніе вещи, принятой въ ссуду, вело къ виндикаціи или обвиненію въ воровствѣ. По мнѣнію К. М. Сцеволы, тотъ поступалъ воровски, кто, получивъ вещь въ ссуду, измѣнялъ произвольно способъ пользованія. Въ преторской юрисдикціи образовалось потомъ особое средство—interdictum de precario [324]), которое служило для огражденія собственника вещи, отданной въ безвозмездное пользованіе, противъ злоупотребленій того, кто пользовался. Интердиктъ относился одинаково какъ къ вещамъ недвижимымъ, такъ и движимымъ; въ противоположность иску противъ вора онъ ограничивался тѣмъ, что возстановлялъ нарушенное обладаніе лица, отдавшаго вещь въ пользованіе, или даже только тѣмъ, что, оставляя вещь въ пользованіи того, кому она была отдана, во избѣжаніе будущихъ недоразумѣній объявлялъ о правахъ ея хозяина. Такимъ образомъ обязательство по безвозмездной ссудѣ или прекарію было отличено отъ обязательствъ по деликту и передача въ прекарій получила характеръ юридической сдѣлки. Позднѣйшіе юристы (Юліанъ, Ульпіанъ) кромѣ интердикта допустили еще примѣненіе другихъ, договорныхъ исковъ (condictio incerti, a. praescriptis verbis) и тѣмъ самымъ признали въ прекаріи договорный характеръ. Во всякомъ случаѣ это былъ договоръ строго-односторонній. Прекарій устанавливалъ обязательство получившаго вещь возвратить ее по первому требованію отдавшаго; этотъ же послѣдній не обязывался ни къ чему и могъ всегда заявить свое требованіе. *Юридически* все отношеніе не пріобрѣло двусторонняго характера, хотя съ бытовой стороны и не было лишено его. Нѣтъ необходимости предполагать, что бытовыя

---

[324]) *Dig.* 43. 26; *Cod.* 8. 9.

отношенія, переходя въ юридическія, преобразовывались такимъ образомъ во всѣхъ своихъ частяхъ безъ исключенія; напротивъ, нерѣдко преобразованіе останавливалось на полъ-дорогѣ и ограничивалось наиболѣе существенными свойствами института. Примѣръ этого мы встрѣтили въ договорѣ мѣны (§ 124); другой примѣръ представляетъ прекаріумъ и еще примѣры въ томъ же родѣ мы встрѣтимъ въ послѣдующемъ изложеніи [325]).

Движимыя вещи чаще другихъ были предметомъ безвозмездной передачи въ пользованіе и потому это отношеніе имѣло нѣсколько бо̀льшее развитіе. К. М. Сцеволѣ приписывается нѣкоторое увеличеніе отвѣтственности лица, пользующагося вещью; именно онъ установилъ, что ссудоприниматель отвѣчаетъ не только за злонамѣренное, но и за неосторожное поврежденіе вещи. Потомъ все отношеніе дифференцировалось подъ именемъ *ссуды* въ тѣсномъ смыслѣ (commodatum) [326]). Подъ ссудой разумѣли реальный договоръ двухъ сторонъ: ссудодателя (commodator) и ссудопринимателя; первый передавалъ второму въ безвозмездное пользованіе вещь, съ тѣмъ чтобы онъ возвратилъ ее въ условленный срокъ или по окончаніи пользованія, второй же обѣщалъ исполнить это. Въ эдиктѣ было двѣ формулы для судебнаго преслѣдованія ссудопринимателя (a. commodati), одна—in factum, другая—in ius [327]); первая возникла, вѣроятно, у претора перегриновъ и гласила примѣрно такъ: «если окажется, что АА ссудилъ NN такою-то вещью и NN не возвратилъ ея....»; другая должна была принадлежать городскому претору; она предполагала сложившуюся теорію ссуды и выражалась отвлеченнѣе, примѣрно такъ: «если по такой-то ссудѣ NN долженъ дать и сдѣлать что-либо АА....». Какую роль обѣ формулы играли въ преобразованіи ссуды въ договоръ, неизвѣстно. Оно окончилось ко времени имперіи. Въ отличіе отъ прекарія, ссуда связывала хозяина вещи соблюденіемъ условленнаго срока, или же характеромъ самаго поль-

[325]) О прекаріумѣ ср. Азаревичъ, *Прекаріумъ по римскому праву*, 1877; Борзенко, *Концессія желѣзнодорожнаго права*, 1883, стр. 1—48

[326]) *Dig*. 13. 6; *Cod*. 4. 23; *Inst*. 3. 14 § 2.

[327]) *Gai*. IV. 47.

зованія опредѣлялась его продолжительность. Вещь возвращалась со всѣми приращеніями. Съ другой стороны, ссудоприниматель, путемъ a. commodati contraria, могъ возмѣстить необычайные, но необходимые расходы, которые вещь отъ него потребовала. Въ такомъ случаѣ ссуда принимала, стало быть, свойство двусторонняго договора.

Отъ найма ссуда отличалась только своею безвозмездностью. Тѣмъ не менѣе наемъ давно практиковался уже въ формѣ консенсуальнаго договора, тогда какъ ссуда едва достигла положенія договора реальнаго. Это обстоятельство объясняется тѣмъ, что наемъ былъ, въ силу своего мѣноваго характера, рыночною сдѣлкою, тогда какъ ссуда принадлежала менѣе публичной области добрыхъ отношеній между сосѣдями и друзьями. Одно соглашеніе двухъ лицъ о томъ, что одно ссудитъ другаго, не рождало обязательства обѣщавшаго; представлялось страннымъ принуждать по суду къ исполненію обѣщанія, которое не оплачивалось деньгами и давалось не столько изъ разсчета, сколько изъ расположенія или любезности. Понятіе даренія не было развито еще настолько, чтобы придать юридическую силу подобнымъ обѣщаніямъ; къ тому же до суда не могло доходить много споровъ по такому поводу. Ближе къ суду были случаи нечестности ссудопринимателя, выказанной имъ по полученіи ссуды и, имѣя въ виду такіе случаи, юриспруденція формулировала договоръ ссуды.

Договоръ поклажи.

2. *Поклажа* (depositum [328]). Такъ же, какъ и ссуда, передача вещи на сохраненіе была извѣстна издавна. Невозвращеніе вещи, полученной для сохраненія, также вело или къ виндикаціи, или къ обвиненію въ воровствѣ. По мнѣнію К. М. Сцеволы, воровски поступалъ тотъ, кто пользовался вещью, отданною ему для сохраненія. Источники прямо свидѣтельствуютъ, что неисправный поклажеприниматель несъ отвѣтственность вдвое противъ полученнаго, при чемъ слѣдуетъ разумѣть обыкновенную отвѣтственность вора. У поэтовъ присвоеніе поклажи обозначается какъ актъ высшаго вѣроломства. Передача для сохраненія еще не имѣла значенія юридической

[328]) *Dig.* 16. 3; *Cod.* 4. 34; *Inst.* 3. 14 § 3

сдѣлки. Она получила такой характеръ въ фидуціарной формѣ (mancipatio fiduciae causa, стр. 217), но не отдѣлилась еще отъ другихъ сдѣлокъ, которыя совершались въ той же формѣ. Въ преторскомъ эдиктѣ для иска о возвращеніи поклажи были составлены двѣ формулы, одна in factum, другая in ius. Текстъ этихъ формулъ дошелъ до насъ [329]) (см. стр. 235 и 253) и о ихъ происхожденіи слѣдуетъ предположить то же самое, что̀ предположено нами о двухъ формулахъ a. commodati. Кромѣ того преторъ провелъ различіе между поклажею, совершенною при обыкновенныхъ обстоятельствахъ, и поклажею, совершенною при несчастныхъ обстоятельствахъ (стр. 238). Вмѣстѣ съ этимъ произошло преобразованіе поклажи въ реальный договоръ. Подъ нею стали разумѣть такой двусторонній актъ поклажедателя и поклажепринимателя, въ которомъ первый передавалъ второму для сохраненія вещь, съ тѣмъ чтобы она была возвращена по первому требованію, а второй, принимая ее съ этою цѣлью, обѣщалъ ему исполнить сказанное. Вещь возвращалась съ ея приращеніями. Обыкновенно за сохраненіе ничего не платилось, но допускалась и плата; для взысканія ея, равно какъ для возмѣщенія расходовъ, которые могли быть вызваны храненіемъ вещи, поклажеприниматель имѣлъ свой искъ (a. depositi contraria). Въ этомъ случаѣ договоръ пріобрѣталъ двусторонній характеръ.

Превращеніе ссуды и поклажи въ договорныя отношенія являетъ вмѣстѣ съ тѣмъ новые примѣры замѣны деликта простымъ правонарушеніемъ (§ 87).

Въ ссудѣ вещь передается для пользованія, въ поклажѣ—для сохраненія; въ обоихъ случаяхъ возврату подлежитъ та же самая вещь, которая была передана. Но при поклажѣ денегъ неизбѣжно возникаетъ исключительное положеніе. Для поклажедателя обыкновенно нѣтъ никакого интереса въ томъ, чтобы получить назадъ тѣ же самыя монеты, которыя онъ отдалъ на сохраненіе; онъ заинтересованъ лишь въ сохранности *суммы*, отданной на сбереженіе. Потому въ такихъ случаяхъ на поклажепринимателя переносится право собственности на принятую

[329]) *Gai.* IV. 47

имъ сумму; онъ обязывается возвратить не тѣ монеты, которыя получилъ, но лишь ту сумму, которая была ему передана. Тѣмъ не менѣе такая сдѣлка не есть заемъ. Въ займѣ дающій деньги одолжаетъ заемщика; въ настоящемъ же случаѣ одолженіе оказывается со стороны принимающаго деньги: лицо состоятельное или вообще заслуживающее довѣрія принимаетъ въ свою кассу деньги, которыя не находятъ для себя безопаснаго мѣста у своего хозяина. Римскіе юристы проводили различіе между займомъ и такою поклажею, обсуждая эту послѣднюю именно по правиламъ договора поклажи. Если новѣйшія законодательства отступаютъ нерѣдко отъ этого порядка, то основаніе къ тому состоитъ въ желаніи противодѣйствовать заключенію дѣйствительныхъ займовъ подъ видомъ поклажи.

3. *Залоговой договоръ* (contractus pigneraticius); о немъ будетъ сказано въ другомъ мѣстѣ (глава XXII).

Такимъ образомъ составилась группа четырехъ реальныхъ контрактовъ: займа, ссуды, поклажи и залоговаго договора. Первый изъ нихъ, какъ мы знаемъ, былъ признанъ уже въ началѣ VI столѣтія; что же касается до трехъ остальныхъ, то повидимому ихъ окончательное признаніе совершилось только въ послѣднее время республики. Ихъ иски (a. commodati, depositi и pigneraticia) не упоминаются ни К. Муціемъ Сцеволой, ни Цицерономъ въ такихъ случаяхъ, въ которыхъ имъ непремѣнно надлежало бы стоять, если бы они существовали въ то время [330]). Со стороны К. Муція Сцеволы сказанное умолчаніе тѣмъ болѣе знаменательно, что онъ, какъ мы знаемъ, работалъ надъ расширеніемъ отвѣтственности какъ ссудо—такъ и поклаженринимателя.

Constitutum debiti proprii.

§ 152. Конститутъ [331]), въ окончательной своей формѣ консенсуальный договоръ, представляетъ подобный же примѣръ преобразованія недоговорныхъ отношеній въ договорныя. Подъ именемъ constitutum разумѣлось подтвержденіе долга, которое должникъ давалъ (или присылалъ) кредитору въ формѣ сло-

[330]) *Cicero,* de officiis, III. 17. 70 (см. выше, прим. 265); de deorum natura, III. 30. 74; *Voigt* III, nota 478.

[331]) *Gai.* IV. 171; *Dig.* 13. 5; *Cod.* 4. 18.

веснаго (лично или чрезъ посланца) или письменнаго обѣщанія уплатить его. Constitutum служило доказательствомъ, которое восполняло собою возможный недостатокъ въ другихъ доказательствахъ. Когда такимъ образомъ подтверждалось обязательство, имѣвшее своимъ предметомъ вещи, опредѣляемыя мѣрою, т. е. по большей части заемныя обязательства, тогда, по преторскому эдикту, constitutum рождало для кредитора особый искъ (a. de pecunia constituta) съ взысканіемъ по немъ 50% пени сверхъ долговой суммы. Тѣмъ не менѣе юридическое назначеніе constitutum было служить доказательствомъ; оно не основывало новаго обязательства и потому оставлялось безъ послѣдствій, если подтверждаемое обязательство оказывалось недѣйствительнымъ. Юристы императорскаго времени облекли constitutum въ форму соглашенія или договора (pactum). Это преобразованіе не измѣнило ничего въ юридическомъ значеніи constitutum; но только, въ качествѣ договора, этимъ актомъ можно было внести въ первоначальное обязательство нѣкоторыя видоизмѣненія относительно его предмета, мѣста и времени исполненія. Constitutum было обязательно для должника; кредиторъ же имѣлъ выборъ между искомъ по первоначальному обязательству и a. de pecunia constituta.

Юстиніанъ отмѣнилъ 50% пеню и дозволилъ примѣненіе constitutum относительно всѣхъ обязательствъ.

XIV.

Прогрессъ формальныхъ сдѣлокъ.

(VII стол.).

§ 133. Если съ общенароднымъ правомъ (ius gentium) вошелъ въ римскую гражданскую жизнь рядъ сдѣлокъ, чуждыхъ формализма, если понятіе договора, представленное этими сдѣлками, примѣнялось постепенно къ тѣмъ отношеніямъ, которыя прежде обладали юридическимъ признаніемъ помимо такого понятія, то, съ другой стороны, неторжественный и неформальный договоръ далеко еще не пріобрѣлъ безусловнаго господства. Употребленіе старыхъ сдѣлокъ и особенно стипуляціи, которая, какъ мы знаемъ, въ общенародномъ правѣ играла не меньшую роль, чѣмъ въ цивильномъ, тоже дѣлало свои успѣхи и мы обращаемся теперь къ области тѣхъ отношеній, которыя развивались по преимуществу (но не исключительно) въ связи съ этими успѣхами.

I. Переводъ правъ и долговъ; договоръ порученія; делегація и новація [332]).

Замѣстительство; его причины.

§ 134. Еще раньше (§§ 100 и 101) намъ приходилось отмѣчать то вліяніе, которое имѣло на право территоріальное расширеніе гражданскаго оборота. Въ VII вѣкѣ этому фактору принадлежала первостепенная роль въ исторіи правъ по обязательствамъ. Частныя дѣла гражданъ распространились по об-

---

332) *Paul Gide*, Etudes sur la novation et le transport des creances en droit romain, 1879.

ширной территоріи римскаго владычества; отсюда — безпрестанная необходимость входить въ сдѣлки во время своего отсутствія; юридическая дѣятельность отсутствующаго должна была замѣститься дѣятельностью другаго лица, которое присутствовало въ данномъ мѣстѣ, — одно лицо дѣйствовало за другое; современемъ изъ этого выработалось представительство. Замѣстительство вызывалось еще и другими условіями. Разсчеты по обязательствамъ, въ особенности по торговымъ, сводились по бо̀льшей части на денежныя уплаты. Но монета, которою приходилось оперировать, была груба и неудобна для обращенія въ большомъ количествѣ. Богатые люди стали вести свои денежныя дѣла чрезъ посредство банкировъ. Деньги держались у этихъ послѣднихъ и чрезъ нихъ же принимались и производились платежи. Обычай вести формальныя приходорасходныя книги (codices) сталъ выходить изъ употребленія въ частныхъ домахъ; такія книги и, стало-быть, установленіе обязательствъ литтеральнымъ контрактомъ, въ концѣ концовъ удержались только между банкирами. Взамѣнъ того развились переводныя сдѣлки. Вмѣсто того, чтобы лично выдать заемщику занимаемую сумму, кредиторъ приказывалъ сдѣлать это своему банкиру; точно такъ же поступалъ должникъ, когда приходилось ему уплачивать по своему долгу. Банкиръ или платилъ наличными деньгами, или удовлетворялъ получающаго, становясь его должникомъ, для чего совершалась особая стипуляція. Такимъ образомъ разсчетами въ банкирскихъ конторахъ замѣнялись неудобные разсчеты на дому. «Признакъ развитаго денежнаго хозяйства: переходъ болѣе крупныхъ денежныхъ сдѣлокъ отъ частныхъ капиталистовъ къ посредничающему банкиру, который за своихъ вѣрителей получаетъ и производитъ уплаты, помѣщаетъ и занимаетъ деньги и ведетъ ихъ денежныя дѣла какъ дома, такъ и въ чужихъ краяхъ, состоялся уже окончательно во времена Катона. Далѣе банкиры втирались уже въ мелкія дѣла вездѣ и на всемъ протяженіи обширнаго римскаго государства; промыселъ ссуды желающимъ получить деньги въ долгъ начиналъ дѣлаться какъ бы монополіею Римлянъ» (Моммсенъ). Наконецъ еще одна причина вела къ юридическому замѣстительству одихъ лицъ

другими. Эта причина заключалась въ естественномъ стремленіи лицъ, которыя состояли другъ съ другомъ въ дѣловыхъ отношеніяхъ, упростить взаимные разсчеты. Положимъ, напр., что A былъ долженъ B, а B былъ долженъ столько же C; для упрощенія разсчета B переводилъ свое кредиторское право на C., который прямо отъ A принималъ платежъ по долгу.

Итакъ, территоріальное расширеніе оборота, неудобство денежныхъ уплатъ, производимыхъ на дому, и стремленіе къ упрощенію взаимныхъ разсчетовъ привели, при совершеніи сдѣлокъ по обязательствамъ, къ замѣщенію однихъ лицъ другими. Посмотримъ теперь, какія юридическія формы были порождены этимъ движеніемъ.

Переводъ правъ по обязательствамъ.

§ 135. Въ квиритскомъ правѣ манципація и цессія служили типичными формами, которыя употреблялись для перевода правъ въ самыхъ разнообразныхъ случаяхъ. Онѣ, вѣроятно, были бы употреблены и для перевода обязательствъ, если бы только потребность въ этомъ послѣднемъ не сказалась слишкомъ поздно. Но эта потребность возникла тогда, когда манципація и цессія устарѣли, такъ что показались негодными для новаго употребленія.

Переводъ правъ по обязательствамъ происходилъ въ трехъ формахъ:

1. Такъ, онъ достигался посредствомъ записей въ codices т. е. въ формѣ литтеральнаго контракта, какъ это показано выше на стр. 212. Юридически такая операція представляла два акта: уничтожалось обязательство, которое связывало прежняго кредитора K, съ должникомъ D, и установлялось новое обязательство, которымъ D подчинялся новому кредитору K'. Здѣсь не было еще рѣчи о *передачѣ* кредиторскаго права, подобно тому, какъ не было о томъ рѣчи въ старой манципаціи (стр. 58). Пріобрѣтеніе K' было одностороннее и первообразное.

2. Иной характеръ получилъ переводъ при употребленіи стипуляціи. «Если я хочу, чтобы должное мнѣ было должно тебѣ», говоритъ Гай [333]), «то для этого нужно совершить слѣ-

---

[333]) II. 38.

дующее: съ моего согласія ты стипулируешь этотъ долгъ отъ моего должника. Вслѣдствіе этого онъ освобождается отъ долга мнѣ и становится должникомъ тебѣ». Итакъ К', съ согласія К, бралъ съ D торжественное обѣщаніе объ уплатѣ того, что́ онъ былъ долженъ К и эта стипуляція переводила права К на К'. Стипуляціонная форма давала возможность переводить всякій долгъ, какъ бы ни былъ онъ установленъ (тогда какъ литтеральнымъ контрактомъ можно было перевести только долгъ, установленный литтеральнымъ же способомъ), и притомъ переводъ могъ совершаться съ разнообразными цѣлями. Прежній кредиторъ К могъ желать перевода или потому, что онъ, дѣйствительно, уступалъ свое право (наприм., продавалъ его, дарилъ, уплачивалъ имъ какой-либо долгъ), или же въ переводѣ крылось замѣстительство. Новый кредиторъ К' на самомъ дѣлѣ былъ только замѣстителемъ К, или наоборотъ К былъ замѣстителемъ К'. Именно могло случиться что К, имѣя порученіе отъ К', пріобрѣлъ для него какое-нибудь право по обязательству и теперь переводилъ его на своего довѣрителя К'.

Въ стипуляціонномъ переводѣ уже не было двухъ разрозненныхъ актовъ, какъ въ вышеуказанномъ случаѣ перевода посредствомъ литтеральнаго контракта: переводъ совершался однимъ актомъ — стипуляціей. Однако римскіе юристы не видѣли здѣсь еще передачи. Для стипуляціи необходимо было согласіе D, который не могъ быть приневоленъ къ ея совершенію; настоящая же передача кредиторскаго права должна была бы совершаться между К и К' безъ участія и даже противъ желанія D. По воззрѣнію юристовъ, стипуляція производила не передачу, а *новацію* обязательства, подъ новаціею же разумѣлось нѣкоторое *преобразованіе* его (см. § 140). По мнѣнію юристовъ [334]), первое обязательство (К—D) уничтожалось, переходя или преобразуясь во второе (К'—D); это были два разныя отношенія, но состоящія однако въ какой-то родственной связи между собою. Съ переводомъ обязательства не переводились его аттрибуты. Такъ, если обязательство К—D

334) *Gai.* III. 176; *Dig.* 46. 2 fr. 1. 2.

было обезпечено залогомъ [335]) или поручительствомъ [336]), то эти аттрибуты не переходили къ обязательству K'—D. Стало-быть, въ этомъ отношеніи второе обязательство оказывалось слабѣе перваго.

3. Наконецъ допускался еще судебный переводъ кредиторскаго права. Онъ осуществлялся составленіемъ особой судебной формулы: именно, преторъ составлялъ формулу такимъ образомъ, что intentio обозначала K, а condemnatio K', наприм.: «если окажется, что D долженъ дать K 10,000, то присуди D уплатить 10,000 K'». Такимъ способомъ право K переводилось на K', который назывался, по отношенію K', когниторомъ или прокураторомъ (§ 137). Переводъ совершался въ моментъ контестаціи иска (litis contestatio).

Переводъ долговъ.

§ 136. Тѣ же самыя формы употреблялись для перевода долговъ. Такимъ образомъ долгъ переводился съ одного лица на другое:

1. литтеральнымъ контрактомъ, какъ это описано на стр. 212;

2. стипуляціей; положимъ, напр., что долгъ D, съ согласія кредитора K, долженъ быть переведенъ на D'. Для этой цѣли K стипулировалъ съ D' то, что ему былъ долженъ D, и происходила новація: обязательство K—D уничтожалось, преобразуясь въ обязательство K—D';

3. судебною формулою; D' являлся въ качествѣ когнитора или прокуратора D и судебная формула гласила: «если окажется, что D долженъ дать K 10,000, то ты, судья, присуди D' къ уплатѣ этой суммы въ пользу K.» Предварительно D долженъ былъ представить надлежащее обезпеченіе въ томъ, что онъ въ состояніи уплатить сказанный долгъ (satisdatio iudicatum solvi) [337]).

Судебная формула, при условіи сказаннаго обезпеченія, могла перевести долгъ и безъ участія кредитора; въ другихъ случаяхъ его добровольное участіе было существеннымъ условіемъ перевода. Стипуляціонная форма (а равно форма литтеральнаго

---

335) *Dig.* 13. 7 fr. 11 § 1; 46. 2 fr. 18.
336) *Cod.* 8. 40 fr. 4.
337) *Gai.* IV. 101.

контракта) требовала именно участія, но не простаго согласія кредитора. Положимъ, напр., D' писалъ K, что онъ принимаетъ на себя долгъ D; если вслѣдъ за тѣмъ не послѣдовала стипуляція K—D', то письмо имѣло значеніе только constitutum (стр. 304 и гл. XX), но не перевода долга[338]. Павелъ разбираетъ такой случай: женщина, выходя замужъ, предоставила мужу въ приданое «все» свое имущество; спрашивается, если у нея были кредиторы, то должны-ли они обращаться съ своими требованіями къ ней, или къ мужу? т. е., другими словами, не содержится-ли въ сказанной передачѣ имущества переводъ на мужа всѣхъ долговъ жены? не уподобляется-ли положеніе мужа положенію наслѣдника? Павелъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно: передача имущества была сдѣлана безъ согласія кредиторовъ; стало-быть, на самомъ дѣлѣ мужъ получилъ не «все» имущество (въ юридическомъ смыслѣ этого термина), но лишь тотъ чистый остатокъ, который у жены имѣетъ быть за удовлетвореніемъ ея кредиторовъ[339].

Переводъ обязательствъ въ видахъ представительства.

§ 137. Лицо, которое замѣщало кредитора или должника, могло дѣйствовать по двоякаго рода побужденіямъ. Вопервыхъ, имъ могли руководить соображенія своего собственнаго интереса: оно, дѣйствительно, желало пріобрѣсти *для себя* то право или тотъ долгъ, которые предоставлялись ему; вовторыхъ, такое пріобрѣтеніе могло быть только одолженіемъ относительно первоначальнаго кредитора или должника. По преклонности лѣтъ или по болѣзни, также вслѣдствіе предстоящей ему отлучки, кредиторъ не могъ самолично осуществлять свое право, должникъ — уплатить свой долгъ и потому ставилъ на свое мѣсто другое лицо, которое принимало на себя такую роль по дружбѣ или по другой какой-нибудь причинѣ. Особенность случаевъ этого рода состояла въ томъ, что юридическія послѣдствія акта, который имѣлъ совершить замѣститель, должны были, въ концѣ концовъ, перейти на замѣщеннаго. Для этой послѣдней цѣли былъ необходимъ особый, новый актъ; наприм., K переводилъ на K' свое право; получивъ уплату отъ

---

[338] *Dig.* 13. 5 fr. 24.
[339] *Dig.* 23. 3 fr. 72 pr.

D, K' долженъ былъ вручить полученное своему довѣрителю, K.

когнитура. Всѣ формы перевода обязательства были годны для употребленія въ видахъ замѣстительства; но особенно служилъ этой цѣли судебный переводъ[310]). Истецъ или отвѣтчикъ, не могущій вести свою тяжбу лично, назначалъ взамѣнъ себя *когнитора*; назначеніе происходило въ присутствіи противной стороны и въ торжественныхъ словахъ: «въ томъ дѣлѣ, по которому я хочу искать съ тебя, даю тебѣ такого-то когниторомъ», или: «въ томъ дѣлѣ, по которому ты ищешь съ меня, даю когниторомъ такого-то[341]). Разумѣется, такое назначеніе предполагало обоюдное соглашеніе назначавшаго и назначаемаго; но актъ не выливался еще въ форму договора, а имѣлъ, какъ сказано, видъ односторонняго назначенія. Это обстоятельство, въ связи съ формализмомъ акта, говоритъ за его относительную древность. Кромѣ того подобно другимъ актамъ стараго (цивильнаго) права назначеніе когнитора не могло произойти подъ условіемъ; женщина же, назначая когнитора должна была имѣть на то согласіе своего опекуна. Однако всетаки остается неизвѣстнымъ, существовала-ли когнитура въ въ періодѣ исключительнаго господства стараго судопроизводства (per legis actiones); во всякомъ случаѣ тогда не допускался когниторъ въ торжественномъ судоговореніи предъ преторомъ (in iure) и только разбирательство предъ судьею (in iudicio) совмѣщалось съ веденіемъ дѣла чрезъ такого замѣстителя. Случаи первоначальнаго употребленія когнитуры удостовѣрены напротивъ ясно; именно, дозволялось назначать когнитора только въ случаяхъ неявки тяжущагося по болѣзни или преклоннымъ лѣтамъ, т. е. въ тѣхъ же случаяхъ, когда XII таблицъ предписывали истцу дать отвѣтчику повозку для доставленія его въ судъ.—Къ седьмому столѣтію надо отнести

прокуратура. образованіе *прокуратуры*. Назначеніе прокуратора могло про-

---

[340]) *Gai.* IV. 83—87; 97. 98. 100. 101; *Fragm. Vat.* 317 и слѣд. *Eisele*, Cognitur und Procuratur, 1881.

[341]) *Gai.* IV. 83... actor ita dicat: quod ego tecum agere volo, in eam rem (tibi P. Maevium) cognitorem do; adversarius ita: quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitoren do.

изойти въ какой угодно формѣ, прокураторъ долженъ былъ непремѣнно присутствовать при своемъ назначеніи, какъ участникъ сдѣлки, и напротивъ противная сторона могла не только отсутствовать, но даже вовсе не знать о состоявшемся назначеніи. Прокуратура образовалась, повидимому, по образцу кураторы (на что указываетъ названіе: pro-curator), т. е., по образцу попечительства, которое было въ обычаѣ назначать надъ сумасшедшими, расточителями и, со времени закона Плеторія (l. Plaetoria, сред. VI в.) надъ лицами, вышедшими изъ подъ опеки, но не достигшими 25-лѣтняго возраста. При Цицеронѣ было распространеннымъ обычаемъ, что уѣзжавшій на долгое время изъ Рима оставлялъ за себя прокуратора,—обыкновенно изъ числа своихъ кліентовъ-вольноотпущенниковъ,—и этотъ замѣститель велъ *всѣ дѣла* отсутствующаго, какъ тяжебныя, такъ и иныя, почему назывался procurator omnium rerum absentis. Спеціальная прокуратура, т. е. назначеніе прокуратора для веденія отдѣльныхъ тяжбъ (procurator unius rei, praesentis) составляла относительно позднѣйшую форму, но, какъ кажется, была извѣстна уже въ концѣ VII вѣка. Прокураторъ выступалъ во всѣхъ фазахъ процесса, какъ предъ преторомъ (in iure), такъ и предъ судьею и, если справедливо вышеприведенное предположеніе о первоначальной роли когнитора, то прокуратура должна была повліять на когнитуру въ смыслѣ распространенія и этой послѣдней на всѣ фазы процесса.

Прокуратура допускалась при всѣхъ юридическихъ актахъ вообще, когнитура была напротивъ ограничена процессуальными актами. Обѣ формы, и прокуратура и когнитура, имѣли мѣсто какъ въ искахъ по обязательствамъ, такъ и въ вещныхъ искахъ. Стало быть, судебный переводъ права не былъ только принадлежностью однихъ обязательствъ.

Въ обоихъ случаяхъ, и при когнитурѣ, и при прокуратурѣ, судебная формула составлялась, какъ указано выше (стр. 310), т. е. интенція писалась на имя довѣрителя (К, D), а кондемнація—на имя когнитора или прокуратора. Стало быть, судебный приговоръ относился къ когнитору или прокуратору, но не къ ихъ довѣрителю. Далѣе, такъ какъ прокураторъ велъ всѣ дѣла своего довѣрителя, то онъ, на основаніи со-

стоявшагося приговора, получалъ и платилъ присужденное. Напротивъ когниторъ не имѣлъ такого полномочія, а потому права и обязанности, установленныя относительно него судебнымъ приговоромъ, вновь переводились на довѣрителя, который уже самъ получалъ и платилъ присужденное.

Отсюда видно, что ни когнитура, ни прокуратура не были представительствомъ въ строгомъ смыслѣ этого слова. Истинный представитель дѣйствуетъ отъ *чужаго имени* и юридическія послѣдствія его дѣйствій переходятъ *непосредственно* на представляемаго: въ когнитурѣ эти послѣдствія переводились на замѣщенное лицо особымъ актомъ, въ прокуратурѣ же они вовсе не переходили на него, а оставались связанными съ личностью прокуратора. Вотъ почему мы называемъ эти формы не представительствомъ, но замѣстительствомъ.—Что когнитура и прокуратура не были представительствомъ, видно еще изъ слѣдующаго. Въ обоихъ случаяхъ, когда когниторъ или прокураторъ выступалъ со стороны отвѣтчика по обязательству, т. е. со стороны должника, онъ (при прокуратурѣ) или самъ должникъ (при когнитурѣ) обязаны были представить противной сторонѣ надлежащее обезпеченіе въ способности замѣстителя къ платежу (satisdatio iudicatum solvi); обезпеченіе не требовалось при вещныхъ искахъ, потому что здѣсь наличностью спорной вещи обезпечивалось удовлетвореніе.

Когниторъ назначался торжественно и съ вѣдома противной стороны; такое назначеніе погашало разъ навсегда право или долгъ назначавшаго; противникъ, имѣя дѣло съ когниторомъ, могъ быть увѣренъ въ томъ, что онъ не будетъ имѣть никакого другаго дѣла съ довѣрителемъ когнитора. Напротивъ назначеніе прокуратора не имѣло подобнаго дѣйствія и, если прокураторъ выступалъ со стороны истца, то отвѣтчикъ могъ опасаться, что лицо, замѣстившее себя прокураторомъ затѣетъ новое взысканіе съ него; потому прокураторъ долженъ былъ обезпечить (satisdare) противника въ томъ, что довѣритель не требуетъ съ него во второй разъ того, что ищетъ теперь чрезъ прокуратора (ratam rem dominum habiturum).

Дальнѣйшая исторія когнитуры и прокуратуры будетъ из-

ложена нами ниже, въ главѣ XXIII, въ связи съ исторіей представительства. Изъ всего изложеннаго видно, что хотя эти два института служили практически тѣмъ же цѣлямъ, для которыхъ потомъ образовалось представительство, но, по юридическому существу своему, они были не болѣе, какъ судебнымъ переводомъ правъ и долговъ; въ представительство они преобразились только въ императорское время.

Договоръ порученія.

§ 138 [342]). Подъ договоромъ порученія или мандатомъ разумѣлось соглашеніе двухъ сторонъ о томъ, что одна изъ нихъ (mandans, mandator, dominus negotii) возлагаетъ на другую совершеніе извѣстныхъ дѣйствій (юридическихъ актовъ или иныхъ), а другая принимаетъ на себя *безплатное* совершеніе этихъ дѣйствій. Мандатъ принадлежалъ къ разряду консенсуальныхъ договоровъ, т. е. получилъ юридическую силу вслѣдствіе простаго соглашенія. Порученіе принималось по нравственному долгу (officio, напр., вольноотпущенникомъ) или по дружбѣ (amicitia); брать за то деньги почиталось постыднымъ. Принявшій порученіе дѣйствовалъ *отъ своего имени*, пріобрѣталъ права и обязательства для себя и на себя и потомъ переводилъ все пріобрѣтенное на поручившаго. — Посредствомъ actio mandati давшій порученіе требовалъ отъ принявшаго порученіе отчетъ объ его дѣйствіяхъ и передачу всѣхъ сдѣланныхъ пріобрѣтеній; посредствомъ a. mandati contraria принявшій порученіе взыскивалъ съ поручившаго расходы по исполненію порученія (съ процентами на денежные затраты) и принуждалъ его къ принятію всѣхъ обязательствъ, которыя были установлены на основаніи ихъ соглашенія.

Actio mandati была извѣстна Кв. Муцію Сцеволѣ и Цицерону; у Плавта же порученіе представляется еще, какъ бытовая сдѣлка, заключеніе которой знаменуется рукобитьемъ (mandatum—manum dare) Мандатъ, какъ договоръ, если не образовался, то развился въ той или другой связи съ прокуратурой; можетъ быть, сначала понятіе договора было приложено къ прокуратурѣ по отдѣльнымъ дѣламъ (pr. unius rei) и по-

[342]) *Gai.* III. 155—162; *Dig.* 17. 1; *Cod.* 4. 35; *Inst.* 3. .26. *Pernice*, I, стр. 442. 443. 492—495.

томъ перенесено на прокуратуру съ завѣдываніемъ всѣми дѣлами отсутствующаго (pr. omnium rerum): по крайней мѣрѣ у Цицерона прокуратура этого рода упоминается отдѣльно отъ мандата. Такимъ образомъ мандатъ послужилъ формою, которая сообщила прокуратурѣ договорный характеръ; мандатъ составлялъ способъ установленія прокуратуры. — Къ когнитурѣ эта точка зрѣнія могла быть примѣнена лишь послѣ Гая, когда исчезъ торжественный способъ назначенія когнитора. На языкѣ позднѣйшихъ юристовъ принявшій мандатъ вообще называется прокураторомъ.

Помимо прокуратуры и когнитуры понятіе мандата послужило рано или поздно къ юридическому объясненію того отношенія, которое еще раньше этихъ институтовъ служило цѣлямъ представительства. Мы говоримъ объ отношеніи стипулятора къ адстипулятору, описанному нами выше (стр. 203). При Гаѣ это отношеніе опредѣлялось какъ мандатъ. Адстипуляторъ, получившій удовлетвореніе отъ должника, обязывался передать полученное стипулятору и въ случаѣ нарушенія этой своей обязанности принуждался къ тому посредствомъ actio mandati. Такимъ образомъ стало вполнѣ юридическимъ отношеніе, лишь отчасти затронутое во второй главѣ Аквиліева закона (стр. 206). Впрочемъ во время Гая adstipulatio стала вообще выходить изъ употребленія, будучи вытѣсняема, можетъ быть, когнитурой и новаціей (§ 140 сл.); при Гаѣ adstipulatio употреблялась почти только въ томъ случаѣ, когда стипуляторъ устанавливалъ обязательство въ пользу своего наслѣдника. Стипулировать въ пользу своего наслѣдника было запрещено; но если къ такой стипуляціи былъ привлеченъ адстипуляторъ, то онъ оставался кредиторомъ и послѣ смерти стипулятора, получалъ, что слѣдовало, отъ должника и передавалъ полученное наслѣднику умершаго, отвѣчая предъ нимъ по actio mandati.

Далѣе подъ точкой зрѣнія мандата позднѣйшіе юристы разсматривали также отношеніе должника къ поручителю. Поручитель платилъ долгъ кредитору какъ бы по порученію должника и обращался къ этому послѣднему съ actio mandati contraria, чтобы возмѣстить сдѣланную уплату.

Делегація.

§ 139 [313]). Сдѣлки, которыя переводили права и долги по обязательствамъ, принадлежали къ тому разряду сдѣлокъ, который носилъ общее имя делегаціи. Можетъ быть, переводъ обязательствъ былъ первымъ случаемъ делегаціи, потомъ же она пріобрѣла болѣе широкое значеніе.

Делегація есть юридическая операція, въ которой участвуютъ три лица; по указанію одного изъ нихъ А (delegans), другое В (delegatus) передаетъ (datio) что-либо третьему С (delegatarius) или становится его должникомъ (promissio).

Указаніе, которое дѣлаетъ А, называется иногда тоже делегаціей [314]), обыкновенно же оно носитъ обозначеніе iussum. Для В это iussum необязательно; В, какъ и прочія лица, участвуютъ въ делегаціи добровольно. А, однажды отдавъ iussum, не можетъ произвольно взять его назадъ. Это отличаетъ iussum отъ порученія, въ смыслѣ mandatum (§ 138). Кромѣ того эти акты различаются слѣдующимъ: iussum есть одностороннее объявленіе воли, mandatum — договоръ; iussum уполномочиваетъ на совершеніе юридическихъ актовъ, mandatum — на совершеніе и другихъ дѣйствій; дающій iussum есть участникъ тѣхъ сдѣлокъ, которыя совершитъ получившій iussum, напротивъ давшій порученіе не есть юридическій участникъ сдѣлокъ своего повѣреннаго. Iussum выражаетъ намѣреніе лица, отдающаго его, принять на себя юридическія послѣдствія сдѣлки, которую совершатъ другія лица; онъ, стало быть, участникъ этой сдѣлки, принимаетъ ее на свой страхъ. Въ этомъ смыслѣ iussum дается въ делегаціи, въ томъ же смыслѣ оно дается, напр., главою семьи подвластному сыну или рабу (ср. a. quod iussu, гл. XXIII).

Вѣроятно, сначала iussum давалось въ торжественной формѣ, наприм., такъ: periculo meo solvere, promittere.... iubeo. Но потомъ обязательная и торжественная форма вышла изъ употребленія, чтó дало юристамъ императорскаго времени поводъ смѣшивать iussum съ mandatum и даже замѣнять iussum

---

[313]) *Gai.* II. 38. 39; *Dig.* 46. 2; *Cod.* 8. 41.

[314]) *Dig.* 46. 2 fr. 17.

ратигабиціей, т. е. послѣдующимъ одобреніемъ, со стороны А, сдѣлки, которую совершаютъ В и С [345]).

Делегація осуществляется актомъ, который совершается между В и С; В передаетъ что-либо С (datio), либо обязывается предъ нимъ посредствомъ литтеральнаго контракта, стипуляціи, обѣщанія приданаго (promissio dotis), constitutum или наконецъ посредствомъ litis contestatio, принимая на себя роль когнитора или прокуратора А, т. е., становясь вмѣсто А отвѣтчикомъ по тому иску, по которому истцомъ выступаетъ С. Акты, которыми В обязывается предъ С обозначаются общимъ именемъ promissio.

Итакъ делегація состоитъ изъ двухъ актовъ: 1) iussum dandi vel promittendi и 2) datio vel promissio.

По какому основанію А позволяетъ себѣ дать iussum В и почему В принимаетъ это iussum? Отвѣтъ на предложенный вопросъ сводится къ слѣдующему: В можетъ быть должникомъ А и iussum указываетъ ему сдѣлать уплату по долгу не А, а С. Уплачивая С или, что̀ то же, обязываясь предъ нимъ, В вмѣстѣ съ тѣмъ погашаетъ свой долгъ предъ А. Другой случай состоитъ въ томъ, что В, не будучи ничего долженъ А, оказываетъ ему кредитъ; онъ потомъ сочтется съ А, а пока исполняетъ его iussum. Делегація, стало-быть, дѣлаетъ В кредиторомъ А. Наконецъ третій случай можетъ быть въ томъ, что В желаетъ подарить А и потому исполняетъ его iussum.

Можетъ случиться, что сдѣлка, происшедшая такимъ образомъ между А и В, окажется почему-либо недѣйствительною; напр., окажется, что В ошибочно считалъ себя должникомъ, или что дареніе В — А запрещено закономъ. Такое обстоятельство родитъ извѣстныя отношенія между А и В, напр., В получаетъ противъ А искъ для возвращенія уплаченнаго (condictio indebiti), но нисколько не вліяетъ на дѣйствительность того, что̀ въ силу делегаціи произойдетъ между В и С [346]).

---

[345]) *Dig.* 46. 3 fr. 19.

[346]) Изъ этого правила были исключенія. По старому обычаю, было запрещено дареніе между супругами; актъ В — С признается недѣйствительнымъ, когда въ немъ скрывается подобное дареніе. Вотъ при-

Теперь обращаемся ко второму вопросу: что руководитъ А, когда онъ направляетъ В на совершеніе чего-либо въ пользу С? Отвѣтъ на этотъ вопросъ подобенъ отвѣту, только-что сдѣланному. Вопервыхъ, А можетъ быть должникомъ С и чрезъ делегацію уплачиваетъ свой долгъ; уплата долга можетъ быть сдѣлана какъ другому, такъ и за другаго. Вовторыхъ, А оказываетъ кредитъ С, при чемъ между ними возникаетъ та или другая сдѣлка. Втретьихъ, А одаряетъ В.

Такимъ образомъ делегація могла заключать въ себѣ два платежа по обязательствамъ (solutio) или два акта кредита, или двѣ дарственныя сдѣлки. При иной комбинаціи въ делегаціи могли быть платежъ и кредитъ, платежъ и дареніе, кредитъ и дареніе. — Источники содержатъ многочисленные примѣры разнообразныхъ комбинацій. Приведемъ только немногіе: 1) отецъ А, желая дать приданое своей дочери С, занимаетъ нужную для того сумму у В и указываетъ своему кредитору передать сказанную сумму прямо въ руки С [347]); 2) А желаетъ подарить С, а В желаетъ подарить столько же А; по указанію А, В платитъ эту сумму или обѣщаетъ С [348]); 3) В желаетъ подарить А и по его указанію уплачиваетъ его долгъ С [349]) и т. д.

Нѣсколько делегацій легко могли соединиться и тогда въ операціи участвовало болѣе трехъ лицъ. Укажемъ лишь на одинъ примѣръ: А, чтобы уплатить свой долгъ С, указываетъ В произвести уплату, а этотъ послѣдній, вмѣсто того чтобы имѣть лично дѣло съ С, приглашаетъ къ уплатѣ своего должника В′ и т. д.

Новація

§ 140 [350]). Въ области стипуляціонной делегаціи выработалось своеобразное понятіе, съ которымъ мы встрѣтились уже выше. Съ согласія К, К′ стипулировалъ отъ D то, что этотъ послѣдній былъ долженъ К; или К стипулировалъ отъ D′ то,

---

мѣры: 1) Мужъ, А, указываетъ своему должнику, В, произвести платежъ женѣ, С, которой онъ даритъ уплаченное; 2) Мужъ, В, по указанію своей жены, А, платитъ ея кредитору С.

[347]) Ср. *Dig*. 23. 3 fr. 5 § 8.

[348]) *Dig*. 39. 5 fr. 33 § 3; fr. 2 § 2.

[349]) *Dig*. 39. 5 fr. 21 pr. § 1.

[350]) *Gai*. III. 176—179; *Inst*. 3. 29 §§ 2. 3; *Dig*. 46. 2; *Cod*. 8. 41.

что ему долженъ D. Юридическое дѣйствіе такой делегаціи состояло въ томъ, что въ первомъ случаѣ обязательство K—D смѣнялось обязательствомъ K′—D, а во второмъ—обязательство K—D обязательствомъ K — D′. Эта смѣна опредѣлялась какъ новація. Новація состояла въ томъ, что первое обязательство уничтожалось, переходя во второе. Съ одной стороны, второе обязательство было новое, съ другой—по содержанію и предмету оно представлялось родственнымъ первому обязательству; новація, по выраженію юристовъ, есть *prioris debiti translatio*. Однако первое обязательство уничтожалось при новаціи со всѣми своими аттрибутами: гипотекой, закладомъ, наросшими процентами. Въ историческомъ отношеніи новація была предуготовительнымъ, искусственнымъ понятіемъ, посредствомъ котораго римская юриспруденція приблизилась къ понятію *преемства* въ обязательствахъ или *передачи* обязательствъ.

Кредиторъ и должникъ могли не смѣняться, но смѣнялся поручитель (sponsor), или въ обязательство, совершенное сначала безъ поручительства входилъ поручитель, или же наоборотъ обязательство съ поручительствомъ обращалось въ простое; далѣе въ одномъ обязательствѣ могло быть нѣсколько кредиторовъ, должниковъ или поручителей: представлялась необходимость присоединить въ дополненіе къ прежнимъ новаго кредитора, должника или поручителя — всѣ эти личныя перемѣны происходили чрезъ стипуляцію и юридическое дѣйствіе этой послѣдней опредѣлялось также какъ новація. Необходимость въ переводѣ и въ другихъ личныхъ измѣненіяхъ могла встрѣтиться при всѣхъ обязательствахъ и потому всѣ обязательства могли быть предметомъ новаціи. Но во всѣхъ случаяхъ новація должна была совершаться одинаково посредствомъ стипуляціи. Отсюда произошли двѣ группы новацій:

1. посредствомъ стипуляціи новировалось обязательство, которое было установлено не стипуляціей, наприм., обязательство изъ договора купли-продажи, найма и т. п.;

2. посредствомъ стипуляціи новировалось обязательство, которое само было установлено стипуляціей.

Въ каждомъ случаѣ измѣненіе состояло въ томъ, что лица,

участвующія въ обязательствѣ, смѣнялись, увеличивались или уменьшались въ числѣ. Но кромѣ того могли произойти многія другія измѣненія какъ въ характерѣ, такъ и въ содержаніи обязательства. Такъ, стипуляціонное обязательство обладало вообще инымъ характеромъ, нежели другія обязательства и, стало быть, въ случаяхъ первой группы помимо личнаго измѣненія происходило еще измѣненіе самаго характера обязательства: обязательство нестипуляціонное превращалось въ стипуляціонное. Далѣе во всѣхъ случаяхъ при новаціи могло произойти измѣненіе въ самомъ содержаніи обязательства, наприм., включалось условіе или срокъ, которыхъ прежде не было: изъ безусловнаго обязательство становилось условнымъ, изъ безсрочнаго — срочнымъ, или наоборотъ.

При извѣстныхъ обстоятельствахъ такія измѣненія могли представить для сторонъ особый интересъ, такъ что новація получила цѣну безъ отношенія къ делегаціи и инымъ личнымъ измѣненіямъ. Такъ, должно быть, возникла *новація, несвязанная съ делегаціей,* или иными личными измѣненіями, т. е. обязательство новировалось, при чемъ не происходило никакой перемѣны въ лицахъ. Вотъ случаи, сюда принадлежащіе:

1. Положимъ, наприм., что В и А совершили куплю-продажу: В купилъ, а А продалъ нѣкоторую вещь за 100. Пока В не уплатилъ этихъ 100, до тѣхъ поръ онъ не могъ потребовать у А купленной вещи, потому что противъ его иска (a. empti) А имѣлъ бы возраженіе. Если А передавалъ вещь В во владѣніе, то, по извѣстному правилу, право собственности не пріобрѣталось В до уплаты имъ покупной цѣны. Но, предположимъ, что А былъ готовъ оказать В кредитъ. Въ такомъ случаѣ А стипулировалъ отъ В покупную сумму и происходила новація: обязательство по куплѣ уничтожалось и замѣнялось обязательствомъ по стипуляціи. Первое признавалось погашеннымъ, договоръ купли—исполненнымъ, такъ что В становился собственникомъ вещи. Новація имѣла значеніе платежа по обязательству (solutio); этотъ платежъ совершался въ формѣ установленія новаго обязательства между тѣми же лицами. Интересъ новаціи состоялъ въ томъ, что обязательство двустороннее (по куплѣ-продажѣ) превращалось въ одно-

стороннее. Возраженіе противъ a. empti не существовало, право собственности пріобрѣталось покупщикомъ безпрепятственно. Обязательство, которое устанавливала стипуляція, не было связана ни съ какимъ другимъ отношеніемъ. Это было обязательство, юридически несвязанное съ договоромъ, изъ котораго оно первоначально возникло.

2. Стипуляція фигурировала обыкновенно въ качествѣ формальнаго договора,—договора по строгому цивильному праву. Въ судѣ она осуществлялась чрезъ искъ (condictio), строгое дѣйствіе котораго лишь отчасти смягчалось возраженіемъ, извѣстнымъ подъ именемъ exceptio doli, и искомъ о возвращеніи неправильно уплаченнаго. Стипуляціонное обязательство отличалось еще тѣмъ, что долгое время только оно могло сопровождаться обезпеченіемъ въ формѣ cautio. Наконецъ стипуляціонное обязательство уничтожалось акцептиляціей (acceptilatio)—актомъ столь же формальнымъ, какъ сама стипуляція. Чтобы сообщить всѣ эти свойства обязательству, которое было установлено инымъ путемъ, его новировали и такимъ образомъ превращали въ стипуляціонное.

Два изложенные случая новаціи вообще находились въ самой тѣсной связи между собою и представляли главные и, можетъ быть, первые случаи новаціи безъ делегаціи. Потомъ могли возникнуть другіе:

3. В долженъ А сто по стипуляціи. Желáя поставить это свое обязательство въ зависимость отъ какого-либо одолженія со стороны А, В склоняетъ его стипулировать такъ: «обѣщаешь-ли ты дать мнѣ сто, если я сдѣлаю для тебя то-то?» Чрезъ включеніе условія обязательство одностороннее переходитъ въ двустороннее—случай, обратный случаю подъ № 1.

4. Посредствомъ нѣкотораго измѣненія стипуляціонной формулы, именно посредствомъ включенія въ нее особой оговорки (clausula doli) смягчалось формальное дѣйствіе стипуляціи. Пользуясь такою формою, можно было обязательство формальное обратить въ обязательство съ противоположнымъ характеромъ. Это употребленіе новаціи относится къ числу позднѣйшихъ и по существу своему противоположно тому, которое описано выше подъ № 2.

5. Въ приведенныхъ четырехъ случаяхъ новація измѣняла *характеръ* обязательства. Включить въ стипуляцію условіе или срокъ, не бывшіе въ первоначальномъ обязательствѣ, или наоборотъ опустить условіе и срокъ, допущенные прежде, или же наконецъ видоизмѣнить ихъ — все это не представляло особыхъ затрудненій, когда въ томъ представлялась необходимость. Но это составляло уже измѣненіе въ самомъ *содержаніи* обязательства. Спрашивается, въ какихъ предѣлахъ вообще допускалось подобное измѣненіе?

Историческія данныя.

§ 141. Можетъ показаться, что довольно рано къ такому измѣненію юристы относились доброжелательно. Во время Цицерона, т. е. къ концу VII столѣтія, новація представляется извѣстною и развитою. Современникъ Цицерона, знаменитый юристъ и преторъ Аквилій Галлъ изобрѣлъ формулу, которая открывала тяжущимся возможность свести въ одно всѣ ихъ обязательства для того, чтобы немедленно уничтожить ихъ посредствомъ одной акцептиляціи и тѣмъ покончить всѣ свои разсчеты. Аквиліева формула (stipulatio Aquiliana), въ письменномъ видѣ, гласила примѣрно такъ: «Все, что̀ ты мнѣ долженъ дать или сдѣлать, теперь-ли, или въ извѣстный срокъ, всѣ иски, которые я имѣю противъ тебя, а также претензіи изъ того, что ты владѣешь чѣмъ-либо моимъ: сколько все это стоитъ, столько дать денегъ, стипулировалъ АА (Aulus Agerius) и обѣщалъ NN (Numerius Negidius)». Акцептиляція писалась слѣдующимъ образомъ: «NN спросилъ у АА, получилъ-ли онъ отъ него все то, что̀ NN (сегодня) обѣщалъ АА, и АА отвѣчалъ, что получилъ» [351]).

---

[351]) *Dig.* 46. 4 fr. 18 § 1: Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes tenes possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius». «Quod Numerius Negidius Aulo Agerio (hodierno die) promisit spopondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit, Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit.»; ср. *Inst.* 3. 29 fr. 2.

Имена Аулія Агерія и Нумерія Негидія, — типическія обозначенія тяжущихся, показываютъ, что Аквиліева стипуляція примѣнялась именно для окончанія *тяжебныхъ* разсчетовъ, а слово «сегодня», которое мы встрѣчаемъ въ формулѣ акцептиляціи, свидѣтельствуетъ, что обязательства соединялись въ одно для *немедленнаго* ихъ погашенія.

Эти данныя говорятъ о крайне исключительномъ значеніи Аквиліевой стипуляціи. Если, съ одной стороны, она показываетъ намъ новацію въ смѣломъ примѣненіи для сліянія многообразнаго содержанія многочисленныхъ отношеній въ одно обязательство съ простымъ содержаніемъ, то, съ другой стороны, такое примѣненіе ея имѣло, очевидно, значеніе только процессуальное и притомъ формальное. Именно, тяжущіеся, покончивъ всѣ пререканія, подсчитавъ итоги своимъ требованіямъ и *расплатившись* другъ съ другомъ, прибѣгали къ Аквиліевой стипуляціи съ акцептиляціей лишь для того, чтобы утвердить формально то, что̀ уже произошло между ними въ дѣйствительности. Напротивъ въ гражданскомъ оборотѣ такая новація, которая измѣняла содержаніе обязательства, не пользовалась особеннымъ покровительствомъ юристовъ. Объ этомъ можно судить по тому, какъ относятся къ ней юристы классическаго времени. Гай допускаетъ, чтобы посредствомъ одной стипуляціи соединялись нѣсколько обязательствъ, наприм., кто-либо обѣщается дать мнѣ то, что̀ мнѣ должны Титъ и Сей; новація погашаетъ одновременно долги Тита и Сея, переводя ихъ вмѣстѣ съ тѣмъ на новаго должника [352]). Изъ этого примѣра видно, что Гай допускаетъ только сложеніе нѣсколькихъ однородныхъ обязательствъ. Ульпіанъ опредѣляетъ новацію какъ переводъ въ новое обязательство *прежняго* долга (prioris debiti translatio [353]), и согласно съ этимъ такъ разбираетъ слѣдующій казусъ. D обязался предоставить K пользованіе вещью, на правахъ узуфрукта. K делегируетъ своего должника, т. е. происходитъ смѣна кредитора, вмѣсто K становится K′, обязательство K — D смѣняется обязательствомъ

352) *Dig*. 46. 2 fr. 34 § 2.
353) *Dig*. 46. 2 fr. 1 pr.

K′— D. Въ этой делегаціи Ульпіанъ отказывается видѣть новацію и, повидимому, сначала она вообще признавалась недѣйствительною, ибо охраняется посредствомъ exceptio doli (D имѣетъ e. doli противъ K, если онъ потребуетъ узуфруктъ несмотря на делегацію). Узуфруктъ предоставляется его обладателю пожизненно, K′ можетъ прожить долѣе, чѣмъ K (или наоборотъ) и, стало быть, существуетъ большая разница между обязательствомъ дать узуфруктъ K и обязательствомъ отдать тотъ же узуфруктъ K′. Ульпіанъ полагаетъ далѣе, что вообще нѣтъ новаціи при делегаціи обязательствъ съ личнымъ характеромъ [354]). Онъ не допускаетъ новація также тогда, когда во второмъ обязательствѣ содержится болѣе или менѣе, чѣмъ въ первоначальномъ [355]). Павелъ высказывается по слѣдующему случаю: D долженъ дать K извѣстный предметъ, который погибаетъ по винѣ D; стало быть, K долженъ удовлетвориться денежнымъ вознагражденіемъ. Но можно ли новировать обязательство въ такомъ положеніи его? Дозволительно сомнѣваться относительно разрѣшенія такого вопроса въ утвердительномъ смыслѣ. K, совершая новацію, не можетъ вѣдь стипулировать обѣщанный предметъ, потому что этотъ предметъ не существуетъ; если же онъ будетъ стипулировать опредѣленную сумму денегъ, какъ цѣну предмета, то здѣсь не будетъ новаціи, потому что первоначальное обязательство содержало въ себѣ не деньги, а предметъ [356]). Впрочемъ Павелъ и раньше его Юліанъ соглашались признать въ этомъ случаѣ новацію, если обѣ стороны желали именно такого юридическаго послѣдствія.

Итакъ, если «матеріальная» новація, т. е. новація съ измѣненіемъ содержанія обязательства встрѣчалась императорскою юриспруденціей недружелюбно; если доктрина, по которой «прежній» долгъ долженъ былъ сохраняться въ новированномъ обязательствѣ, поддерживалась еще юристами классическаго времени, то позволительно предполагать, что не «ма-

---

[354]) *Dig.* 46. 2 fr. 4.
[355]) *Dig* 46. 2 fr. 9 § 2.
[356]) *Dig.* 45. 1 fr. 91 § 6.

теріальная новація составляла главную сторону всего института. Для юристовъ особый интересъ представляла «формальная» новація, т. е. новація съ измѣненіемъ въ характерѣ обязательствъ и на ней сосредоточилась ихъ работа.

Вліяніе формализма.

§ 142. Ко всему сказанному остается прибавить лишь немногія указанія относительно исторіи новаціи.

1. Какъ сказано, новація совершалась посредствомъ стипуляціи; стипуляція вела свое начало изъ квиритскаго права и потому долго сохраняла слѣды формализма, отъ котораго освободилась лишь постепенно. Этотъ историческій процессъ выразился во многихъ толкованіяхъ, относящихся къ новаціи. По мнѣнію Сервія Сульпиція Руфа, новація происходитъ даже въ томъ случаѣ, если кредиторъ совершилъ новирующую стипуляцію съ рабомъ; совершенная стипуляція уничтожаетъ старое обязательство, но взамѣнъ того не даетъ кредитору ничего, потому что обязательство раба ничтожно. Таковъ формалистическій выводъ. Его измѣняетъ Гай; по мнѣнію этого юриста, въ приведенномъ случаѣ вовсе нѣтъ новаціи и старое обязательство остается въ своей силѣ. Подобнымъ же образомъ измѣняетъ Гай другое формалистическое толкованіе С. С. Руфа. Когда безусловное обязательство смѣняется условнымъ, наприм., К, которому D долженъ 100, стипулируетъ такъ: «обѣщаешь-ли ты дать мнѣ эти сто, *если случится то-то*», то, по мнѣнію Руфа, новація происходитъ немедленно. Стало быть, если условіе не осуществится, то К не получитъ ничего. Напротивъ, по мнѣнію Гая, новація наступаетъ въ этомъ случаѣ только тогда, когда осуществится условіе, а до того времени продолжается существованіе прежняго обязательства. Стало-быть, если условіе не осуществится вовсе, то прежнее обязательство сохранитъ свою силу. Впрочемъ, такъ какъ и такой выводъ могъ показаться слишкомъ абсолютнымъ, то Гай смягчилъ его такъ: если К предъявитъ искъ на основаніи прежняго обязательства, то противъ этого иска дается возраженіе (e. doli или e. pacti conventi), какъ скоро происшедшая условная стипуляція показывала, что стороны именно желали не допустить иска при неосуществленіи условія [337]).

---

337) *Gai.* III. 179.

Взглядъ Гая раздѣлялся другими юристами II и III вѣка [358]). Другое нововведеніе поддерживалъ Папиніанъ. Изъ буквальнаго смысла Аквиліевой стипуляціи слѣдовало, что она погашала *всѣ* тяжбы сторонъ, но Папиніанъ полагалъ, что такое дѣйствіе сказанной стипуляціи слѣдуетъ ограничить только тѣми тяжбами, которыя имѣлись въ виду сторонами при совершеніи стипуляціи [359]).

Если въ вышеприведенныхъ случаяхъ Гай и Ульпіанъ явились противниками формализма, то, съ другой стороны, они не освободились изъ подъ его вліянія. Отрицая новацію тогда, когда стипуляція совершена съ рабомъ, Гай признаетъ ее между прочимъ въ томъ случаѣ, когда она совершена недѣеспособнымъ лицомъ безъ согласія опекуна и, слѣдовательно, родитъ недѣйствительное обязательство, такъ что кредиторъ остается ни съ чѣмъ [360]). Впрочемъ Ульпіанъ предоставляетъ кредитору «естественное» обязательство (obligatio naturalis), которое однако не владѣетъ искомъ для своей защиты.

2. Новація есть понятіе, принадлежащее юристамъ; называя новаціей извѣстный актъ, юристъ квалифицировалъ его опредѣленнымъ образомъ. Стороны, желая перевести кредиторское право или долгъ, измѣнить характеръ или содержаніе обязательства, совершали стипуляцію; юристъ квалифицировалъ юридическое дѣйствіе такой стипуляціи какъ новацію. Но стипуляція могла слѣдовать вслѣдъ за другимъ договоромъ не только взамѣнъ его, но и въ дополненіе къ нему; напримѣръ, совершивъ куплю-продажу, стороны дополняли ее въ чемъ-либо стипуляціоннымъ обѣщаніемъ. Такая стипуляція не производила новаціи. Когда юристу приходилось толковать стипуляцію, то для разрѣшенія вопроса — содержится-ли въ ней новація, онъ, очевидно, долженъ былъ обратиться къ намѣренію сторонъ. Положимъ кто-либо стипулировалъ отъ Сейя такъ: «обѣщаешь-ли ты дать мнѣ то, что̀ долженъ дать мнѣ Титъ?» Подобная стипуляція, смотря по обстоятельствамъ, могла представлять новацію (т. е. Сей становился должникомъ

[358]) Ср. Явол. *Dig.* 12. 1 fr. 36; Пав. 12. 6 fr. 60 § 1; Ульп. 46. 2 fr. 14.
[359]) *Dig.* 2. 15 fr. 5.
[360]) III. 176.

вмѣсто Тита), могла и не заключать ея (т. е. и Сей обѣщалъ то, что долженъ Титъ) Все зависѣло изъ того, съ какимъ намѣреніемъ стороны совершили стипуляцію [361]), былъ-ли у сторонъ *animus novandi*. — Однако юристъ не всегда признавалъ новацію тамъ, гдѣ одно обязательство устанавливалось взамѣнъ другаго. Кромѣ animus novandi требовались для этого еще другія условія. Положимъ, напр., что покупатель и продавецъ, по заключеніи купли-продажи, но до окончательнаго исполненія по ней (до уплаты покупной цѣны) вступали въ новое соглашеніе, по которому совершенный договоръ отмѣнялся и вещь возвращалась продавцу [362]); или, отдавъ деньги на сохраненіе, кредиторъ позволялъ должнику воспользоваться ими, т. е. обращалъ поклажу въ заемъ [363]) и т. п. [364]). Для сторонъ происшедшая перемѣна могла представиться какъ новація, для юриста же здѣсь не было новаціи, потому что перемѣна произошла безъ стипуляціи. Стипуляція была формальнымъ, но существеннымъ условіемъ новаціи. Потому названные случаи юристъ квалифицировалъ иначе; здѣсь былъ не одинъ актъ, какъ въ новаціи, но два: вопервыхъ, отмѣна прежняго договора: вовторыхъ, вступленіе въ новый. Различіе въ квалификаціи влекло за собою и практическое различіе. При новаціи прежнее обязательство не можетъ уничтожиться, если почему-либо недѣйствительна стипуляція; напротивъ въ случаяхъ, только-что изложенныхъ, сила перваго акта нисколько не зависитъ отъ силы втораго акта.

По мнѣнію Гая, стипуляція, которая привлекала къ обязательству или отклоняла отъ него sponsor'a, была новаціей; по мнѣнію же его противниковъ, она не имѣла этого значенія [365]). Для сторонъ такое разнорѣчіе могло быть не безразличнымъ, но ближайшая практическая цѣль, которую они преслѣдовали (т. е. привлеченіе или отклоненіе sponsor'a),

---

[361]) *Dig*. 46. 2. fr. 8 § 2.
[362]) *Dig*. 18. 5 fr. 2.
[363]) *Dig*. 12. 1 fr. 9 § 9.
[364]) Ср. *Dig* 41. 2 fr. 10 pr. и др.
[365]) III. 178.

очевидно, не зависѣла отъ того, какую квалификацію давалъ сдѣлкѣ юристъ.

Такимъ образомъ формализмъ связалъ новацію извѣстными объективными условіями, независимыми отъ субъективныхъ намѣреній сторонъ. Рано или поздно формалистическія требованія должны были ослабѣть; къ тому же стипуляція (какъ это мы увидимъ ниже), превратившись въ письменный контрактъ, до извѣстной степени потеряла свою индивидуальность. Больше и больше юристы стали сосредоточивать свое вниманіе на animus novandi. Наконецъ Юстиніанъ призналъ animus novandi за главный признакъ новаціи и потребовалъ только, чтобы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ онъ былъ ясно выраженъ. Новація признавалась, какъ скоро стороны высказывали ясно свое намѣреніе новировать.

II. Стипуляція простая и сложная; преторскія стипуляціи и поручительство.

§ 143. Итакъ мы снова встрѣтились съ стипуляціей для того, чтобы убѣдиться, какая важная роль принадлежала ей въ римскомъ гражданскомъ оборотѣ, когда онъ началъ распространяться и усложняться. Введенная сначала для юридическаго утвержденія займа (стр. 200), но уже рано, кромѣ простой формы, проявившаяся въ формахъ сложныхъ для установленія поручительства и представительства (стр. 202 сл.), ограниченная на первыхъ порахъ обязательствами, которыя имѣли своимъ содержаніемъ *dare* (стр. 292), стипуляція установляла теперь одностороннее обязательство (т. е. такое, гдѣ на одной сторонѣ лежала только обязанность, другой принадлежало только право) со всякимъ содержаніемъ (dare, facere); нѣкоторыя изъ наиболѣе употребительныхъ обязательствъ могли быть основаны только въ стипуляціонной формѣ: таково обязательство платить проценты (стр. 209), или обязательство отвѣчать за эвикцію при куплѣ-продажѣ (стр. 277). Стипуляція служила далѣе общею формою для установленія обязательствъ, не предусмотрѣнныхъ непосредственно закономъ, эдиктомъ или интерпретаціей и не имѣвшихъ потому

Простая стипуляція.

своего имени. Въ особомъ своемъ примѣненіи стипуляція служила для новаціи (§§ 140—142); въ качествѣ не добровольнаго, но принудительнаго акта («преторскія стипуляціи») она служила для доведенія спорныхъ отношеній до суда (sponsio praeiudicialis, стр. 246 сл.), для установленія процессуальныхъ штрафовъ (sponsio и restipulatio poenalis, стр. 247), для возложенія наконецъ на стороны различныхъ обязанностей.

Преторскія стипуляціи.

§ 144. Недобровольная стипуляція заслуживаетъ особаго вниманія. Когда преторъ считалъ нужнымъ наложить на тяжущихся какія-либо обязанности, непредусмотрѣнныя дѣйствующими юридическими нормами, тогда онъ *склонялъ* или прямо *принуждалъ* данное лицо къ дачѣ извѣстнаго обѣщанія. Совокупность такихъ обѣщаній извѣстна подъ именемъ *преторскихъ* стипуляцій (st. praetoriae); ихъ формулы находились въ преторскомъ спискѣ (album). Такимъ образомъ установленію обязанности придавался такой видъ, что она казалась установленною какъ бы по доброй волѣ обязаннаго лица, которое однако *должно* было обѣщать выполненіе обязанности, на него налагаемой и въ случаѣ нежеланія сдѣлать это принуждалось къ тому преторомъ. Въ то время, когда мотивы юридическихъ дѣйствій не принимались въ разсчетъ и когда сила сдѣлки вытекала исключительно изъ ея формы, подобное установленіе обязанностей имѣло гораздо болѣе значенія, чѣмъ это могло бы показаться позднѣе. Мы встрѣчаемся здѣсь съ фазою консерватизма, свойственною юридическому мышленію всего общества не менѣе сильно, чѣмъ мышленію юристовъ-спеціалистовъ. Если въ современныхъ намъ цивилизованныхъ обществахъ значительное большинство людей, среди которыхъ не мало принадлежитъ къ образованному классу, склонно считать себя особенно отвѣтственными съ того момента, когда они подкрѣпили выполненіе своей обязанности какимъ-нибудь торжественнымъ актомъ, напр., присягою, часто столь же недобровольною, какъ и сама обязанность [366]), то тѣмъ болѣе

[366]) Какъ на примѣры отраженія этого созерцанія въ современномъ законодательствѣ можно указать на присягу свидѣтелей въ тѣхъ случаяхъ, когда они отъ нея не освобождаются, или на присягу новобранцевъ. Служить въ военной службѣ составляетъ для новобранца

такое созерцаніе было сродно Римлянину.—Съ паденіемъ консерватизма и съ развитіемъ той мысли, что участіе воли необходимо при совершеніи гражданскихъ актовъ, комедія, которая разыгрывалась въ преторскихъ стипуляціяхъ, вышла наружу, и старая конструкція обязательныхъ правоотношеній хотя и держалась, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ потеряла свое безусловное значеніе. Такъ, въ одномъ изъ случаевъ, именно при cautio damni infecti (ср. ниже), Рубріевъ законъ объ устройствѣ цисальпинской Галліи (lex Rubria de Gallia cisalpina) установилъ особую фикцію; если отвѣтственное лицо, долженствовавшее совершить вынудительную (преторскую) стипуляцію, уклонялось отъ ея совершенія, то особая судебная формула указывала поступить съ нимъ такъ, какъ будто бы стипуляція была совершена. Въ другихъ случаяхъ то же средство для борьбы съ ослушниками указывали сами юристы, какъ это можно видѣть изъ одного примѣра въ дигестахъ [367]). Вотъ отдѣльные случаи преторскихъ стипуляцій, кромѣ упомянутыхъ уже въ концѣ § 143.

1) *cautio iudicio sisti,* — обѣщаніе отвѣтчика явиться въ судъ въ назначенное время [368]).

2) *stipulatio pro praede litis et vindiciarum,*—обѣщаніе отвѣтчика по виндикаціи и другимъ вещнымъ искамъ (когда дѣло разбирается въ формѣ per sponsionem, см. стр. 247) возвратить истцу, въ случаѣ осужденія, его вещь и полученные доходы;

3) *satisdatio iudicatum solvi* [369]),—обѣщаніе отвѣтчика исполнить судебный приговоръ; эта форма, замѣняя собою форму подъ № 2, имѣла мѣсто при разбирательствѣ по формуламъ какъ вещныхъ исковъ, такъ часто и въ случаѣ личныхъ исковъ (ср. стр. 254). По порядку, сложившемуся въ имперіи, въ

обязанность и принесеніе присяги тоже обязательно. Тѣмъ не менѣе только съ момента этой послѣдней наступаетъ для солдата полная отвѣтственность за преступленія по службѣ. Другой примѣръ представляетъ подписка, данная судебной или полицейской власти, о невыѣздѣ изъ мѣстожительства.

[367]) *Dig.* 1 7 fr. 19 § 1.

[368]) *Dig.* 2. 5—11.

[369]) *Dig.* 46 7.

случаѣ вещныхъ исковъ отвѣтчикъ, если давалъ названную стипуляцію, то сохранялъ на время процесса владѣніе спорною вещью; если онъ уклонялся отъ стипуляціи, то владѣніе переходило къ истцу, если же этотъ послѣдній самъ не требовалъ стипуляціи, сомнѣваясь въ состоятельности отвѣтчика, то вещь поступала во временное владѣніе третьяго лица (секвестръ);

4) *cautio legatorum servandorum causa* [370]), — наслѣдникъ обѣщаетъ лицу, получившему отказъ (легатарію), что отказанное имущество будетъ сохранено имъ, наслѣдникомъ, въ цѣлости до момента выдачи отказа; такое обѣщаніе требовалось въ томъ случаѣ, когда отказъ былъ оставленъ подъ условіемъ или начиная съ извѣстнаго срока, такъ что выдача его должна была произойти не тотчасъ послѣ вступленія наслѣдника въ свои права; уклоненіе наслѣдника отъ дачи обѣщанія давало легатарію право требовать для себя *missio in bona testatoris*, т. е. право заботиться объ охраненіи наслѣдственнаго имущества рядомъ съ самимъ наслѣдникомъ (ср. подобный институтъ на стр. 295);

5) *satisdatio legis Falcidiae causa* [371]). Въ 714 г. былъ изданъ Фальцидіевъ законъ, который постановилъ, что наслѣднику, за вычетомъ всѣхъ отказовъ, завѣщатель долженъ оставлять не менѣе одной четверти своего имущества; если существовало сомнѣніе о томъ, не назначилъ-ли завѣщатель въ отказы болѣе $^3/_4$ своего имущества, то наслѣдникъ, выдавая легатарію отказъ, могъ потребовать отъ него обѣщаніе—вознаградить за излишне-полученное, когда это дѣло будетъ приведено въ извѣстность;

6) *stipulatio collationis* [371a]),—эманципированный сынъ или дочь (и вообще дѣти, не состоявшіе подъ властью своего отца въ моментъ его смерти), будучи призванъ къ наслѣдованію (ср. гл. XVII), даютъ обѣщаніе въ томъ, что приложатъ (collatio, складчина) къ наслѣдству для общаго раздѣла и свое собственное имущество, какое они имѣютъ въ моментъ смерти отца;

---

[370]) *Dig.* 36. 3.

[371]) *Dig.* 35. 3.

[371a]) *Dig.* 37. 6 fr. 1 §§ 9—11.

7) *cautio evicta heriditate legata reddi* [372]), — легатарій, получившій отказъ, обѣщаетъ наслѣднику возвратить этотъ отказъ, если судебнымъ приговоромъ будетъ признано, что наслѣдство не принадлежитъ самому наслѣднику, т. е. если произойдетъ эвикція наслѣдства;

8) *cautio usufructuaria* [373]),—лицо, которое получаетъ вещь въ узуфруктъ (стр. 288 сл.) обѣщаетъ собственнику пользоваться вещью такъ, какъ надлежитъ это дѣлать доброму хозяину (uti bonus pater familias), и то, что по окончаніи узуфрукта вещь будетъ возвращена собственнику ея въ надлежащемъ видѣ;

9) *satisdatio rem pupilli salvam fore* [374]),— обѣщаніе опекуна сохранить въ надлежащемъ видѣ имущество и блюсти интересы опекаемаго;

10) *satisdatio ratam rem habere* [375]), описанная выше на стр. 314.

11) *duplae stipulatio de evictione* [376]), описанная выше на стр. 277;

12) *stipulatio ex operis novi nuntiatione* [377]), —собственникъ, который предприпялъ какую-либо постройку, обѣщаетъ сосѣду, который протестуетъ противъ этой постройки (§ 31), что постройка будетъ уничтожена, если судебное рѣшеніе признаетъ ее неправильной. Дача такого обѣщанія уполномочиваетъ давшаго его на безпрепятственное продолженіе стройки впредь до окончательнаго разрѣшенія дѣла судомъ;

13) *cautio damni infecti* [378]),—собственникъ строенія или стѣны, грозящихъ разрушеніемъ, обѣщаетъ своему сосѣду вознаградить его за вредъ, который можетъ произойти отъ такого разрушенія.

Терминъ cautio употреблялся въ приведенныхъ случаяхъ одинаково съ терминомъ стипуляція; терминъ satisdatio обоз-

---

[372]) *Dig.* 35. 3 fr. 3 §§ 6—10.
[373]) *Dig.* 7. 9.
[374]) *Dig.* 46. 6.
[375]) *Dig.* 46. 8.
[376]) *Dig.* 21. 2.
[377]) *Dig.* 39. 1 fr. 21.
[378]) *Dig.* 39. 2.

началъ, что обѣщаніе сопровождалось поручительствомъ другихъ лицъ, а, по желанію сторонъ, и залогомъ.

Преторскія стипуляціи напоминали первоначальное положеніе судьи, когда тяжущіеся подчинялись ему не въ силу его власти, но въ силу добровольнаго обращенія къ нему за правосудіемъ. Итакъ, во время уже формулярнаго судопроизводства мы вновь встрѣчаемся съ одною изъ характеристическихъ чертъ древнѣйшаго гражданскаго судопроизводства — съ началомъ добровольнаго (по виду) подчиненія тяжущихся суду. Самодѣятельность тяжущихся и добровольное подчиненіе ихъ соотвѣтствовали двумъ послѣдовательнымъ ступенямъ его развитія. Самодѣятельность тяжущихся была остаткомъ того состоянія, въ которомъ поручники (testes), виндексы и поручители (vades) представляли главную силу, регулирующую ходъ гражданскаго правосудія; добровольное подчиненіе принадлежало къ періоду жреческой юрисдикціи. Самодѣятельность тяжущихся выразилась по преимуществу въ судопроизводствѣ квиритскаго права (per legis actiones); только немногіе слѣды этого начала (наприм., in ius vocatio) перешли въ формулярное судопроизводство. Начало добровольнаго подчиненія, напротивъ, весьма живуче еще и въ формулярномъ судопроизводствѣ. Крайній интересъ представляетъ при этомъ слѣдующее обстоятельство. Формы, которыя образовались въ глубокой древности подъ вліяніемъ начала самодѣятельности, переходя въ формулярное судопроизводство, приняли новый видъ. Онѣ стали формами добровольнаго подчиненія. Такъ, обязанность собственника, зданіе котораго грозило разрушеніемъ, — отвѣчать за послѣдствія разрушенія предъ лицами, отъ того пострадавшими, осуществлялась сначала въ связи съ судопроизводствомъ посредствомъ сакрамента, потомъ же та же самая обязанность стала устанавливатся въ формѣ преторской стипуляціи [379]). Другой примѣръ подобнаго же преобразованія представляетъ vadimonium; самый процессъ преобразованія прослѣживается здѣсь съ бо́льшею подробностью, нежели въ предыдущемъ случаѣ [380]).

---

379) *Gai.* IV. 31.

380) *Gai.* IV. 184. 185; *Voigt*, Ueber das Vadimonium, 1881, стр. 63—74.

Vadimonium.

§ 145. Въ формулярное судопроизводство vadimonium перешло въ своемъ первоначальномъ видѣ (§ 32), но уже ко времени имп. Августа съ этимъ учрежденіемъ произошло преобразованіе. Именно вошло въ обычай, что отвѣтчикъ, сверхъ того, что онъ ставилъ поручителей въ обезпеченіе своей исправной явки въ судъ, давалъ еще отъ себя особое обѣщаніе истцу. Этимъ обѣщаніемъ, исполненнымъ въ формѣ вопроса и отвѣта (стипуляція), отвѣтчикъ подтверждалъ свою обязанность явки; въ случаѣ неисправности онъ обязывался уплатить кредитору нѣкоторую сумму денегъ. Когда рѣчь шла о вторичной явкѣ къ магистрату, по случаю неокончанія судебнаго разбирательства въ одинъ день (dilatio), тогда такое обѣщаніе относилось къ числу преторскихъ стипуляцій; оно вынуждалось преторомъ. Въ другихъ случаяхъ стипуляція слѣдовала за приглашеніемъ къ явкѣ въ судъ, когда такое приглашеніе происходило не въ формѣ «призыва» (in ius vocatio), но въ формѣ оповѣщенія (denuntiatio, стр. 175, 213). Обѣщаніе явки давалось отвѣтчикомъ въ тѣхъ видахъ, чтобы избѣгнуть немедле́нной явки въ судъ и неудобствъ, связанныхъ съ насильственнымъ приводомъ. Такимъ образомъ обѣщаніе отвѣтчика шло параллельно съ объявленіемъ (nuncupatio) его поручителей. Постепенно это послѣднее приняло тоже стипуляціонную форму. Отсюда произошло, что въ случаяхъ, гдѣ прежде имѣло мѣсто vadimonium, теперь совершались двѣ параллельныя стипуляціи: отвѣтчикъ обѣщалъ истцу исправную явку и то же гарантировалъ поручитель своимъ обѣщаніемъ, даннымъ кредитору. Обѣ стипуляціи служили одной и той же практической цѣли и разумѣлись одновременно подъ именемъ vadimonium. Такъ это послѣднее слово измѣнило свое первоначальное значеніе. Обязательство поручителя потеряло свой самостоятельный характеръ, которымъ обладало прежде; оно было связано съ обязательствомъ самого отвѣтчика. Измѣненіе не остановилось на этомъ. Обязательство отвѣтчика выдвинулось на первый планъ, стало главнымъ, а обязательство поручителя отступило на второй планъ; оно стало добавочнымъ, второстепеннымъ. Оно перестало даже быть существенною принадлежностью vadimonium. Vadimonium могло со-

стоять, смотря по обстоятельствамъ, изъ одной стипуляціи отвѣтчика, безъ поручительства. Въ такомъ видѣ vadimonium является у Гая. По его словамъ, если судебное разбирательство предъ преторомъ не окончено въ одинъ день, то отвѣтчикъ долженъ обѣщать, что онъ явится вновь въ назначенный день. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, говоритъ Гай, vadimonium бываетъ purum, т. е. безъ поручительства, въ нѣкоторыхъ же съ поручительствомъ. Въ иныхъ случаяхъ оно осуществляется въ формѣ присяги (iureiurando).

Кромѣ случая, названнаго Гаемъ, vadimonium продолжаетъ употребляться еще въ замѣнъ in ius vocatio, какъ это было и прежде. Съ конца II столѣтія по Р. Х. входитъ въ употребленіе еще новая форма: cautio iudicio sisti (стр. 331) Она сопровождаетъ in ius vocatio и даетъ отвѣтчику средство отсрочить свою явку въ судъ. Другими словами, эта третья форма играетъ относительно in ius vocatio ту же роль, которую относительно denunciatio играла вторая форма.

Сложная стипуляція.

§ 146. Сложная стипуляція, т. е. соединеніе нѣсколькихъ стипуляцій въ одинъ актъ, продолжала практиковаться наравнѣ съ простою. Корреальное обязательство (стр. 204), въ его чистой формѣ, не было нужно для основанія поручительства или для замѣщенія главнаго контрагента, на случай его отсутствія, другимъ лицомъ, но корреаллитетъ могъ быть полезенъ теперь въ другихъ случаяхъ, ибо фактъ существованія нѣсколькихъ кредиторовъ или нѣсколькихъ должниковъ представлялъ свои выгоды для каждой изъ сторонъ. Корреалитетъ былъ между прочимъ обыкновенною формою, въ которую облекались обязательства товариществъ (societates, глава XXII). Что касается до формъ, образовавшихся, по всей вѣроятности, изъ первоначальнаго корреальнаго обязательства,—до adstipulatio (стр. 203) и adpromissio (стр. 202), то первая изъ нихъ, какъ мы знаемъ, постепенно выходила изъ употребленія (стр. 316), вторая же напротивъ развивалась. Къ первоначальной формѣ поручителей—sponsores, прибавились еще двѣ формы; *fidepromissores* и *fideiussores* [381]). Они отличались другъ

Поручительство.

---

381) *Gai*. III. 115—127.

отъ друга и отъ sponsores выраженіями, въ которыхъ вопрошались кредиторомъ (idem fidepromittis? idem fide tua esse iubes?) и соотвѣтственно которымъ формулировали свой отвѣтъ. Въ этихъ выраженіяхъ ясно высказывалась основная мысль поручительства—установленіе обязательства въ силу того довѣрія, которое кредиторъ имѣлъ къ поручителю. Изъ двухъ формъ, fidepromissio была относительно ранняго происхожденія; по своемъ появленіи она уподобилась первоначальной формѣ, такъ что юридическое положеніе fidepromissor'а было сходно съ юридическимъ положеніемъ sponsor'а (стр. 205 сл.), съ тѣмъ только отличіемъ, что fidepromissor не имѣлъ manus iniectio ни въ одномъ изъ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ эта привиллегія принадлежала sponsor'у. Можетъ быть, fidepromissio была формою, которая образовалась въ юрисдикціи претора перегриновъ и потому не имѣла ничего общаго съ старыми судопроизводственными актами, не смотря на уподобленіе ея старой формѣ въ прочихъ отношеніяхъ.

Напротивъ fideiussio была продуктомъ относительно позднѣйшимъ, когда формализмъ утратилъ свое прежнее господство и идея поручительства была переработана вновь безъ всякаго притомъ отношенія къ соціальной борьбѣ, столь вліявшей прежде на регулированіе заемныхъ отношеній. Въ противоположность двумъ первымъ формамъ поручительства, sponsio и fidepromissio, которыя могли сопутствовать только стипуляціонному обязательству и въ которыхъ отвѣтственность поручителя ограничивалась двумя годами и не переходила на его наслѣдниковъ, раздѣляясь притомъ (по l. Furia) между всѣми поручителями, когда ихъ было нѣсколько, fideiussio допускалась въ подкрѣпленіе каждаго обязательства, какимъ бы способомъ и кѣмъ бы (напр., перегриномъ, рабомъ) ни установленнаго, дѣйствовала безсрочно, перенося отвѣтственность и на наслѣдниковъ fideiussor'а, и возлагала на каждаго изъ поручителей (когда ихъ было нѣсколько) отвѣтственность по всему долгу. Такимъ образомъ fideiussio вновь возвратила поручительству свойства корреалитета: кредиторъ имѣлъ право потребовать уплату всего долга какъ отъ должника, такъ и отъ любаго изъ поручителей, по своему усмотрѣ-

нію. Отношеніе должника къ поручителю разсматривалось какъ мандатъ и потому поручитель, уплатившій за должника, имѣлъ противъ него a. mandati contraria, — что̀ при Гаѣ примѣнялось одинаково во всѣхъ случаяхъ поручительства.

XV.

Начало коренныхъ преобразованій въ цивильномъ правѣ.

(конецъ VII стол.).

Нововведенія (гл. XII и XIII), происшедшія съ половины VI столѣтія и имѣвшія свои корни еще въ V столѣтіи (гл. IX), расширили кругозоръ римскаго юриста далеко за его первоначальные предѣлы. Городской преторъ и юристы, склоняясь постепенно все болѣе и болѣе къ творческой дѣятельности, дополняя старое цивильное право новыми институтами (§ 112), усвоили себѣ самостоятельное положеніе относительно дѣйствующихъ юридическихъ нормъ. Отъ нововведеній городской преторъ перешелъ къ преобразованію стараго права.

I. Преобразованіе права собственности (habere in bonis) [382]).

§ 147. Тотъ же факторъ, который вызывалъ претора на нововведенія—потребности ускорившагося и усложнившагося гражданскаго (преимущественно торговаго) оборота—и та же задача, которая стояла у него тамъ на первомъ планѣ,—упрощеніе формъ юридическихъ сдѣлокъ—сказались и здѣсь, при переустройствѣ цивильнаго права. Наиболѣе важный, относящійся сюда, примѣръ составляетъ дозволеніе пріобрѣтать вещи mancipi простою передачею ихъ изъ рукъ въ руки (traditio),

Традиція манципаціонныхъ вещей.

382) *Ribereau*, Theorie de l'in bonis habere ou de la propriété pretorienne, 1867.

помимо манципаціи или цессіи. Такое дозволеніе преторъ долженъ былъ дать, внимая потребностямъ рынка. Однако юридическія преданія не допустили претора въ этомъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, до прямаго шага и указали ему обходный путь. По старому порядку, квиритская собственность (dominium ex iure Quiritium), которая охранялась въ судѣ виндикаціей и относительно вещей nec mancipi установлялась простою передачей, относительно вещей mancipi могла установляться только квиритскими же способами: манципаціей и цессіей. Этотъ порядокъ непосредственно или посредственно, т. е. чрезъ интерпретацію, основывался на старыхъ законахъ (XII tab.) и не подъ силу преторскому эдикту (ср. стр. 250) было отмѣнить его формально. Другими словами, въ консервативныхъ умахъ юристовъ ассоціація виндикаціи и манципаціи представлялась ненарушимою и буква стараго закона неприкосновенною. Такое положеніе привело къ слѣдующему оригинальному и въ высшей степени искусственному сочетанію юридическихъ идей. Простая передача вещи mancipi не равнялась манципаціи или цессіи и потому передавшій вещь не терялъ своего квиритскаго права собственности и виндикаціи.

Бонитарное обладаніе.

Обладаніе вещью mancipi, пріобрѣтенное передачей, не было собственностью (dominium) и называлось просто «обладаніемъ» (habere in bonis); оно не соединялось съ виндикаціей, которая оставалась за прежнимъ собственникомъ. Однако это «обладаніе» признавалось правомѣрнымъ и заслуживающимъ судебной защиты, какъ собственность. Если квиритскій собственникъ вздумаетъ направить свою виндикацію противъ «обладателя», то эта виндикація подлежала устраненію; если, съ другой стороны, вещью овладѣетъ третье, постороннее лицо, или даже самъ квиритскій собственникъ, то «обладателю» слѣдовало открыть судебный путь къ возвращенію вещи. Итакъ, признавая правомѣрнымъ обладаніе вещью mancipi, которое пріобрѣталось простою передачею ея, преторъ и юристы отказали ему въ имени собственности и въ виндикаціи; но, защищая это обладаніе, давали ему судебную защиту по образцу судебной защиты права собственности. И въ другихъ отношеніяхъ «обладатель» приравнивался къ собственнику; именно, онъ имѣлъ

всѣ полномочія собственника, кромѣ, разумѣется, полномочія распоряжаться вещью въ квиритскихъ формахъ, напр., передать ее другому лицу манципаціей или цессіей, или отказать ее кому-либо въ формѣ легатовъ per vindicationem и per praeceptionem; эти акты были исключительною принадлежностью квиритской собственности и устанозляли квиритскую собственность, которой не было у «обладателя».—Въ концѣ концовъ практическое положеніе «обладателя» было равно (за указанными исключеніями) положенію собственника, никому не уступившаго своей вещи; при столкновеніи же ихъ правъ на одной и той же вещи рѣшительное предпочтеніе отдавалось «обладателю»; онъ охранялся въ своемъ владѣніи, онъ распоряжался вещью, такъ что за собственникомъ, какъ скоро обладаніе переходило въ другія руки, оставалось одно «голое» право (nudum ius Quiritium). По имени, вещь принадлежала квиритскому собственнику и послѣ ея передачи, на дѣлѣ же не онъ, но «обладатель» былъ полнымъ собственникомъ. Однимъ словомъ, на практикѣ оказывалось безразличнымъ, какимъ способомъ совершался переходъ манципаціонной вещи изъ однихъ рукъ въ другія, такъ какъ во всякомъ случаѣ прежній собственникъ терялъ, а новый обладатель пріобрѣталъ все, что *практически* было принадлежностью права собственности. «Голое» квиритское право сохраняло одно теоретическое значеніе, интересное для юриста, но, можетъ быть, даже вовсе неизвѣстное гражданину.

Exceptio rei venditae et traditae.

§ 148. Какъ же защищался «обладатель» въ томъ случаѣ, если бы квиритскій собственникъ вздумалъ направить противъ него свою виндикацію и такимъ образомъ отобрать обратно вещь, имъ пріобрѣтенную? Прямаго отвѣта на этотъ вопросъ мы не находимъ въ источникахъ; есть основаніе думать, что «обладатель», призванный въ судъ, въ качествѣ отвѣтчика, имѣлъ право отвѣтить на виндикацію истца особымъ возраженіемъ или эксцепціею, которая называлась возраженіемъ о томъ, что «вещь продана и передана» (exceptio rei venditae et traditae). Въ дигестахъ посвященъ ему особый титулъ [383]). Если кто-либо, владѣя чужою вещью, про-

[383]) *Dig.* 21. 3.

даетъ и передаетъ ее другому лицу, а потомъ по какому-либо случаю самъ сдѣлается собственникомъ ея (напр., унаслѣдуетъ прежнему собственнику) и, опираясь на свое право собственности, вздумаетъ виндицировать ее отъ покупателя, то этотъ послѣдній отстраняетъ такую виндикацію посредствомъ того возраженія или эксцепціи, что «вещь продана и передана ему». Дигесты свидѣтельствуютъ только объ этомъ употребленіи эксцепціи, конечно,—потому, что только это употребленіе интересовало составителей дигестъ. Мотивъ эксцепціи заключался въ томъ, что лицо, передавшее кому-либо вещь въ собственность при такихъ условіяхъ, когда переходъ собственности былъ невозможенъ, и получившее за то плату, не должно имѣть возможности злоупотреблять довѣріемъ покупщика и, воспользовавшись недѣйствительностью передачи, потребовать вещь назадъ. Съ такимъ мотивомъ вполнѣ согласуется то предположеніе, что въ свое время e. rei venditae et traditae употреблялась для защиты лица, которое покупало вещь mancipi и получало ее посредствомъ простой передачи. «Этою эксцепціею утверждалось не дѣйствительное существованіе права на вещь, но то обстоятельство, что вещь была продана съ цѣлью установить подобное право» (Іерингъ); такъ именно и бывало при неформальной передачи вещи mancipi. Вѣроятно даже, что этотъ случай примѣненія разсматриваемой эксцепціи былъ по времени первымъ, потому что нигдѣ несправедливость злоупотребленія, противъ котораго она была направлена, не могла броситься въ глаза такъ рѣзко, какъ въ случаѣ, гдѣ собственность не рождалась не вслѣдствіе какихъ-либо недостатковъ юридической сдѣлки по существу, но отъ несоблюденія формы, потерявшей уже свое прежнее значеніе.

Actio Publiciana.

Провладѣвъ вещью срокъ, назначенный для пріобрѣтенія собственности по давности, «обладатель» превращался въ квиритскаго собственника. На этомъ положеніи была основана, какъ кажется, судебная защита «обладателя» въ томъ случаѣ, когда кто-либо завладѣвалъ его вещью помимо его воли. Средствомъ защиты служилъ искъ, формулированный преторомъ Публиціемъ (неизв. года) и потому названный *actio Publiciana*. Въ формулѣ этого иска предполагалось, что истецъ про-

владѣлъ вещью установленный давностный срокъ и, стало быть, *какъ бы* пріобрѣлъ ее въ собственность. «Въ этомъ искѣ», говоритъ Гай, «давность предполагается (fingitur) истекшею. Именно онъ дается тому, кто не успѣлъ еще пріобрѣсти по давности вещь, переданную ему на законномъ основаніи и, потерявъ владѣніе ею, ищетъ ее судомъ; ибо, такъ какъ онъ не можетъ утверждать, что эта вещь принадлежитъ ему по праву Квиритовъ, то предполагается, что онъ пріобрѣлъ собственность по давности и такимъ образомъ онъ утверждаетъ ее такъ, какъ будто онъ сдѣлался собственникомъ по праву Квиритовъ». Гай приводитъ и самую формулу Публиціева иска: *назначеніе судьи:* «такой-то назначается судьею; *(демонстрація:)* если рабъ, котораго АА купилъ и который ему переданъ, *(фикція:)* долженъ былъ бы принадлежать АА по праву Квиритовъ, какъ скоро онъ провладѣлъ бы имъ въ теченіе года, *(кондемнація:)* то ты, судья, осуди NN (отвѣтчика); если же сказаннаго не окажется, то оправдай его». Такимъ образомъ полученіе иска предполагало: 1) что вещь была получена истцомъ посредствомъ передачи ея на законномъ (правомѣрномъ) основаніи (traditio ex iusta causa) и 2) что въ данномъ случаѣ существовали всѣ прочія условія давности кромѣ истеченія назначеннаго для того времени, которое представлялось какъ бы истекшимъ. Подъ такія условія вполнѣ подходило «обладаніе» вещью, которое возникало чрезъ простую передачу манципаціонной вещи.—Публиціевъ искъ содержалъ въ себѣ *фикцію*, т. е. его формула представляла существующимъ такое обстоятельство, которое на самомъ дѣлѣ еще не существовало; потому самый искъ назывался фиктивнымъ (actio ficticia). Это было подобіе виндикаціи.

Послѣдующая исторія.

§ 149. Относительно послѣдующей исторіи «обладанія» мы здѣсь же скажемъ слѣдующее:

---

[384]) *Gai.* IV. 36... datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo: iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret et reliqua.

1. Простая передача манципаціонной вещи не осталась единственнымъ случаемъ вышеописаннаго «обладанія»; оно установлялось вообще во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ пріобрѣтеніе вещи происходило на основаніи не цивильнаго, но преторскаго права; сюда относятся, кромѣ передачи (traditio) вещи mancipi, еще пріобрѣтеніе всякой вещи, какъ манципаціонной такъ и неманципаціонной: 1) покупкою на публичномъ торгѣ при продажѣ имущества несостоятельнаго должника (bonorum emptio, стр. 295); 2) вступленіемъ въ права наслѣдства, но въ порядкѣ, установленномъ преторскимъ эдиктомъ (bonorum possessio cum re, § 150), и 3) присвоеніемъ, по приказанію претора, раба или животнаго лицомъ, которому они причинили вредъ (при a. noxalis). Были еще другіе случаи пріобрѣтенія вещи по преторскому праву; вѣроятно, пріобрѣтенное право было не собственностью, но «обладаніемъ», но, къ сожалѣнію, источники умалчиваютъ объ этомъ предметѣ. Ко всѣмъ этимъ случаямъ былъ приложимъ Публиціевъ искъ (a. Publiciana), употребленіе котораго, путемъ интерпретаціи, вообще было распространено далеко за его первоначальные предѣлы. Что же касается до возраженія (эксцепціи) о томъ, что «вещь продана и передана», то, конечно, оно не годилось для защиты «обладанія», когда оно пріобрѣталось не покупкою и передачей; въ такихъ случаяхъ средствомъ охраны служило какое-либо другое возраженіе (эксцепція) и, по всей вѣроятности, именно то, которое утверждало, что истецъ (въ данномъ случаѣ — квиритскій собственникъ) поступалъ злоумышленно (exceptio doli).

2. Замѣчательно, что со временемъ законодатель и юристы, руководясь тенденціозными соображеніями, связали съ «голымъ» квиритскимъ правомъ собственности нѣкоторыя практическія послѣдствія, которыхъ оно не имѣло въ первоначальную эпоху своего образованія. Такъ, по особому закону (l. Iunia), опека надъ вольноотпущенникомъ принадлежала не «обладателю» его, хотя бы отпущеніе на волю было сдѣлано этимъ послѣднимъ, но квиритскому господину[385]); по другому закону (l. Aelia Sentia),

---

[385]) *Gai.* I. 167; *Ulp.* XI. 19.

«обладатель», отпуская своего раба на волю, не сообщалъ ему полнаго римскаго гражданства [386]). Оба закона клонились къ тому, чтобы уменьшить число отпущеній на волю. Подобно этому, занятые мыслью стѣснить даренія, юристы установили, что дареніе «обладателя», сдѣланное вопреки закону Цинція (l. Cincia, гл. XVII), могло быть отозвано легче, нежели дареніе квиритскаго собственника. Такое тенденціозное отношеніе къ противоположности «собственности» и обладанія, — отношеніе, возникшее во всякомъ случаѣ позднѣе, нежели самая противоположность,—въ высшей степени характеристична для римскаго законодателя и юриста. Какъ бы съ умысломъ забывали они всю условность противоположенія собственности «обладанію» и пользовались этимъ противоположеніемъ ради опредѣленныхъ практическихъ цѣлей. Пользованіе это было однако не настолько значительно, чтобы возвратить какой-либо замѣтный вѣсъ «голому» квиритскому праву и отнять у «обладателя» его положеніе собственника.

3. Не менѣе замѣчательно, что законодатели императорскаго періода, сенатъ и самъ императоръ, какъ бы не считались вправѣ утверждать нѣкоторыхъ пріобрѣтателей въ собственности, но предоставляли имъ лишь «обладаніе», въ преторскомъ смыслѣ. Такъ, senatusconsultum Trebellianum, сообщивъ положеніе наслѣдника универсальному фидеикоммиссарію (гл. XXIII), давалъ этому послѣднему, по толкованію юристовъ [387]), «обладаніе» наслѣдственнымъ имуществомъ. Съ ссылкою на постановленіе имп. Марка Аврелія Ульпіанъ свидѣтельствуетъ: «если кто умеръ безъ завѣщанія, предоставивъ кодициллами (гл. XX) свободу рабамъ, а законный наслѣдникъ не вступилъ въ наслѣдство, то одному изъ рабовъ, буде онъ гарантируетъ полное удовлетвореніе кредиторовъ умершаго, дается свобода и *bona* этого послѣдняго; кредиторы же получаютъ противъ вольноотпущенника иски [388]). Въ этомъ случаѣ вводился новый способъ установленія «обладанія», если только слово «bona», употребленное въ немъ, обозначало, что вольноотпущенникъ

[386]) *Gai.* I. 17; *Ulp.* I. 16; III, 4.
[387]) *Dig.* 36. 1 fr. 65.
[388]) *Dig.* 40. 5 fr. 2 и 3.

получалъ наслѣдственное имущество въ обладаніе *in bonis*. Очевидно, что въ имперіи затерялось истинное понимапіе *преторскаго* «обладанія»; на него смотрѣли просто, какъ на институтъ, назначенный для опредѣленной области отношеній, такъ что въ дальнѣйшемъ развитіи его участвовали всѣ представители гражданско-правовой власти безъ различія.

II. Преобразованіе наслѣдственнаго права (bonorum possessio) [389]).

Причины.

§ 150. Преобразованіе коснулось также наслѣдственнаго права. Такъ какъ территоріальное расширеніе гражданскаго оборота сравнительно съ предшествующимъ періодомъ (§ 101) сдѣлало теперь новые успѣхи и передвиженіе гражданъ съ мѣста на мѣсто постоянно увеличивалось, то несвоевременныя явки наслѣдниковъ для принятія наслѣдствъ, доставшихся имъ, умножались. Мы видѣли, что неудобства, которыя порождались этимъ обстоятельствомъ, устранялись особымъ институтомъ, именно—предоставленіемъ каждому желающему завладѣть безхозяйною наслѣдственною массою и посредствомъ годовой давности пріобрѣсти ее на правахъ наслѣдника (usucapio pro herede). Однако, съ паденіемъ общинно - родовыхъ связей и съ освобожденіемъ личности изъ подъ деспотическаго контроля сородичей и общественнаго мнѣнія, такой рѣшительный способъ регулированія наслѣдственныхъ отношеній долженъ былъ повести къ большому произволу и послужить источникомъ всевозможныхъ пререканій, затруднившихъ снова быстрое овладѣніе наслѣдствомъ. Вновь раздались жалобы на то, что поминовенія по умершимъ не совершаются и кредиторамъ не отъ кого получать уплату по долгамъ. Наконецъ произволъ, связанный съ институтомъ завладѣнія наслѣдствомъ, самъ по себѣ составлялъ зло, подлежавшее устраненію. Претору пришлось взяться за регулированіе наслѣдственныхъ отношеній. Не выжидая окончанія всѣхъ пререканій, которыя возникали по поводу того или другаго на-

Постановле- эдикта.

[389]) *Leist*, Der römische Erbrechtsbesitz in seiner ursprünglichen Gestalt, 1870.

слѣдства, онъ предоставлялъ его во *владѣніе* тому, кто былъ назначенъ въ завѣщаніи, законнымъ образомъ составленномъ и претору предъявленномъ; если же въ извѣстный срокъ завѣщаніе не предъявлялось, то владѣніе наслѣдствомъ предоставлялось ближайшему законному наслѣднику изъ числа тѣхъ, кто претендовалъ на наслѣдство и былъ на лицо. Такимъ образомъ образовались въ эдиктѣ два постановленія, которыя мы знаемъ отъ Цицерона. «Если будутъ сомнѣнія о принадлежности наслѣдства», гласитъ эдиктъ, «и мнѣ представятъ завѣщательныя дощечки, запечатанныя не меньшимъ числомъ печатей, чѣмъ это слѣдуетъ по закону, то я дамъ владѣніе наслѣдствомъ согласно съ завѣщаніемъ (secundum tabulas testamenti). Если завѣщательныя дощечки не будутъ мнѣ представлены, то я дамъ владѣніе тому, кто долженъ былъ бы быть наслѣдникомъ въ томъ случаѣ, если бы наслѣдодатель умеръ безъ завѣщанія»[390]). Срокъ, въ теченіи котораго преторъ выжидалъ представленія завѣщанія и послѣ котораго обращался къ наслѣдникамъ по закону, могъ сначала измѣняться въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по обстоятельствамъ, потомъ же опредѣлялся обыкновенно или въ одинъ годъ или въ сто дней. Постановленія преторскаго эдикта установили преемственность разныхъ классовъ наслѣдниковъ (successio ordinum): преторскій эдиктъ призывалъ къ наслѣдованію *сначала* наслѣдниковъ по завѣщанію и *потомъ*, если никто изъ нихъ въ назначенный срокъ своихъ правъ не заявитъ, наслѣдниковъ по закону. Такой порядокъ не былъ извѣстенъ старому цивильному праву. По старому цивильному праву, каждый послѣдующій классъ наслѣдниковъ призывался къ наслѣдованію въ томъ предположеніи, что предшествующіе классы вовсе не существовали и потому призваніе дѣлалось не иначе, какъ съ самаго момента смерти наслѣдодателя. Классъ, не призванный въ этотъ

successio ordinum.

---

390) Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo.—Si tabulae testamenti non proferentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo.—См. у *Leist'a*, стр. 76.

именно моментъ (потому, что въ этотъ моментъ существовали представители другаго, ближайшаго класса), не могъ быть призванъ и потомъ. Напротивъ, по преторскому эдикту, каждый послѣдующій классъ наслѣдниковъ призывался къ наслѣдованію въ виду того только, что представители предшествующихъ классовъ не заявили своихъ правъ въ назначенный срокъ; такимъ образомъ классъ, не призванный въ моментъ смерти, могъ быть призванъ потомъ и кто-либо изъ среды послѣдующаго класса получалъ владѣніе наслѣдствомъ при наличности ближайшихъ наслѣдниковъ, опоздавшихъ съ заявленіемъ о своихъ правахъ. Такимъ образомъ «владѣніе» наслѣдствомъ могъ получить какъ истинный наслѣдникъ, такъ и другое лицо. Если владѣніе доставалось истинному наслѣднику или если истинный наслѣдникъ и потомъ не выражалъ на него никакихъ притязаній, то владѣлецъ былъ дѣйствительнымъ обладателемъ всего наслѣдственнаго имущества (possessio cum re); но если истинный наслѣдникъ, посредствомъ принадлежащаго ему иска (hereditatis petitio), истребовалъ свое наслѣдство обратно, то «владѣлецъ» оставался таковымъ только по имени (possessio sine re); его право имѣло силу противъ третьихъ лицъ, но теряло ее предъ искомъ самого наслѣдника.

hereditatis possessio.

Преторъ своею властью не могъ сдѣлать кого-либо собственникомъ; точно такъ же онъ не могъ сдѣлать кого-либо наслѣдникомъ (heres). Вмѣсто собственности онъ давалъ, какъ мы видѣли, «обладаніе» имуществомъ; вмѣсто права на наслѣдство онъ давалъ лишь право на «владѣніе» наслѣдствомъ (hereditatis posessio), впослѣдствіи извѣстное подъ именемъ владѣнія наслѣдственнымъ имуществомъ (bonorum possessio). Наслѣдство открывалось (delatio) смертью наслѣдодателя; оно пріобрѣталось (acquisitio), по цивильному праву, вступленіемъ наслѣдника въ наслѣдство, если наслѣдникъ принадлежалъ къ разряду добровольныхъ, т. е. къ числу тѣхъ, кто могъ отказаться отъ наслѣдства (стр. 121). Напротивъ «владѣніе» наслѣдствомъ пріобрѣталось въ моментъ его дарованія преторомъ; преторъ «давалъ» (dare) «владѣніе». Для осуществленія этого владѣнія въ дѣйствительности, т. е. для фактическаго овладѣнія наслѣдственнымъ имуществомъ, если оно находилось въ

чужихъ рукахъ, «владѣлецъ» имѣлъ особый искъ, отнесенный къ разряду интердиктовъ (int. quorum bonorum) [391]). Кромѣ того во всѣхъ отношеніяхъ своихъ къ третьимъ лицамъ, къ кредиторамъ и должникамъ наслѣдственной массы, «владѣлецъ» трактовался совершенно такъ же, какъ наслѣдникъ (vice heredis, velut heres, loco heredis), выступая истцомъ и отвѣтчикомъ по всѣмъ искамъ. Эти иски примѣнялись къ положенію «владѣльца» посредствомъ фикціи; напр., формула составлялась такъ: «такой-то назначается судьею; если бы въ томъ случаѣ, что АА («владѣлецъ») былъ бы наслѣдникомъ такого-то, такая-то земля, о которой теперь идетъ тяжба, должна была бы принадлежать ему по праву Квиритовъ, то ты, судья, присуди эту землю АА»; или: «такой-то назначается судьею; если бы въ томъ случаѣ, что АА былъ бы наслѣдникомъ такого-то, оказалось бы что NN долженъ дать АА столько-то, то ты, судья, присуди NN уплатить эту сумму АА; если же нѣтъ, то оправдай NN» [392]). Дѣйствительное овладѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ (possessio cum re) доставляло «владѣльцу» «обладаніе» (in bonis habere) въ смыслѣ, разъясненномъ выше (§§ 147 сл.), и если затѣмъ обладаніе текло ненарушимо, то, по истеченіи давности, «владѣлецъ» и въ то же время «обладатель» обращался въ квиритскаго собственника и тогда его право получало защиту даже противъ притязаній истиннаго наслѣдника.

Результаты

Въ концѣ концовъ преторское нововведеніе состояло въ томъ, что преторъ, не ожидая окончательнаго разъясненія вопроса о томъ, кто въ каждомъ данномъ случаѣ былъ истинный наслѣдникъ, предоставлялъ «владѣніе» наслѣдствомъ тому изъ претендентовъ, кто *повидимому* имѣлъ на него наиболѣе права. Смотря по обстоятельствамъ это «владѣніе» могло не осуществиться вовсе, или, осуществившись, продолжаться только

---

[391]) *Gai.* IV. 144. *Dig.* 43. 2.

[392]) *Gai.* IV. 34... iudex esto. si A. Agerius (id est ipse actor) L. Titio heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret; et si...... de......, praeposita simili fictione heredis ita subicitur: tum si pareret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere.

извѣстное время, или же наконецъ принять видъ безспорнаго права, практически во всемъ равнаго настоящему наслѣдственному праву. При этомъ, какъ указано выше, послѣдній результатъ наступалъ не только тогда, когда «владѣльцемъ» выступалъ истинный наслѣдникъ, но и тогда, когда наслѣдствомъ овладѣвалъ не-наслѣдникъ, если только истинный наслѣдникъ оставлялъ его въ покоѣ. Владѣльцамъ обѣихъ категорій «владѣніе» представляло самостоятельныя выгоды. Пріобрѣтеніе «владѣнія» основывалось на *видимости* права и потому легче достигалось, нежели пріобрѣтеніе самаго наслѣдственнаго права. Такъ, между прочимъ, наслѣдникъ по завѣщанію долженъ былъ представить только завѣщательныя дощечки, не приводя доказательствъ въ пользу того, что дѣйствительно произошло торжественное совершеніе завѣщанія, какъ то требовалось старымъ правомъ (стр. 125 сл.); преторъ предполагалъ такое совершеніе, предоставляя заинтересованнымъ лицамъ доказывать противное. Въ виду подобной легкости доказательствъ и для истиннаго наслѣдника существовалъ прямой разсчетъ добиваться не наслѣдства, но просто «владѣнія» наслѣдствомъ. Что же касается до «владѣльцевъ» не - наслѣдниковъ, то, конечно, они всегда рисковали потерять въ борьбѣ съ истинными наслѣдниками; но въ этой борьбѣ они, въ качествѣ владѣльцевъ, занимали положеніе отвѣтчиковъ, но не истцовъ, и это одно обстоятельство уменьшало, какъ самую вѣроятность борьбы, такъ и шансы проигрыша. Вотъ причины, по которымъ, помимо всего прочаго, институтъ «владѣнія» наслѣдствомъ пріобрѣлъ самостоятельное практическое значеніе, несмотря на то, что формально онъ опирался на тотъ же самый порядокъ наслѣдованія, который былъ установленъ еще въ XII таблицахъ [393].

---

393) *Inst.* 3. 9 § 1. Aliquando.... confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem: item ab intestato suos heredes et adgnatos ad bonorum possessionem vocat: sed et remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili.

III. Способъ толкованія договоровъ; юридическое преслѣдованіе обмана (dolus) и принужденія (metus).

Толкованіе договоровъ.

§ 151. Мы знаемъ, какъ рѣзко преторское право отступило отъ стараго порядка по вопросу о способѣ совершенія договоровъ. Торжественная, заранѣе опредѣленная форма перестала быть необходимою ихъ принадлежностью; сторонамъ предоставлялось договариваться, какъ угодно. Такое нововведеніе повело къ другому. Въ системѣ формализма каждое слово, назначенное для совершенія сдѣлокъ, имѣло свой опредѣленный, объективный смыслъ. Теперь слова стали употребляться по выбору самихъ договаривающихся сторонъ и потому долженъ былъ измѣниться способъ толкованія договоровъ. Смыслъ договора слѣдовало опредѣлять не по словамъ, которыми онъ выраженъ, но по значенію, который придавали имъ контрагенты; надо было открыть намѣренія сторонъ, слова (verba, dictum) договора служили лишь средствомъ для выраженія этихъ намѣреній (animus, mens, consilium, sententia, voluntas, actum). Изъ этого принципа вытекали между прочимъ слѣдующія послѣдствія: словами договора не исчерпывается его возможное содержаніе; то, что̀ могло разумѣться сторонами само собою, то въ договорѣ не излагается; вообще невозможно требовать отъ сторонъ, чтобы они изложили (письменно) все содержаніе договора; двусмысленныя выраженія слѣдуетъ толковать въ томъ значеніи, которое имѣли въ виду сами договаривающіяся лица. Эта теорія толкованія господствовала уже при Цицеронѣ, который во многихъ случаяхъ былъ ея горячимъ поборникомъ; ее находили принадлежностью *справедливости* (aequitas, ius aequum) и, какъ таковую, противопоставляли старому, строгому праву.

Новая теорія выросла въ практикѣ *договоровъ*, но не одностороннихъ сдѣлокъ, потому что именно договоры, но не какія-либо другія сдѣлки, явились представителями свободнаго, неформальнаго способа совершенія гражданскихъ актовъ. Подъ смысломъ договора разумѣлся тотъ смыслъ, который придавали ему *обѣ* договаривающіяся стороны,—подъ ихъ намѣреніями—ихъ *общія* намѣренія. Каждая изъ сторонъ могла рас-

ходиться съ противною стороною въ пониманіи договора, но намѣренія каждой стороны принимались въ соображеніе лишь настолько, насколько они обнаружились предъ другою стороною; намѣренія, почему-либо необнаруженныя, не принимались въ соображеніе при его толкованіи. Юридическимъ основаніемъ договора служила *общность* выраженныхъ намѣреній (consensus),—то обстоятельство, что договаривающіеся обнадежили другъ друга въ совершеніи извѣстныхъ юридическихъ дѣйствій. Потому смыслъ договора опредѣлялся въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ обѣ стороны одинаково могли и должны были сознавать его; намѣренія одной стороны были обязательны для другой настолько, насколько въ каждомъ данномъ случаѣ эта послѣдняя могла и *должна была* понять ихъ [394]). Далѣе этого пока не шли новыя требованія; но и они открывали обширное поле для нововведеній.

Bona fides какъ критерій.

Вопросъ—почему именно та или другая сторона склонялась къ договору, былъ вообще безразличенъ. Могло случиться, что договоръ былъ для договорившагося результатомъ какого-нибудь заблужденія или принужденія; тѣмъ не менѣе онъ оставался въ своей силѣ, потому что противная сторона, полагаясь на данное ей обѣщаніе, не могла и не должна была знать о послѣдовавшемъ заблужденіи или принужденіи. Но совсѣмъ другое дѣло представлялось тогда, когда принужденіе исходило отъ этой другой стороны или когда заблужденіе одного изъ контрагентовъ было послѣдствіемъ обмана (dolus malus) другаго контрагента; напр., продавецъ завѣдомо продавалъ дурную вещь подъ видомъ хорошей или покупатель, пользуясь заблужденіемъ продавца, пріобрѣталъ у него вещь высшаго достоинства вмѣсто вещи худшей. Правда, въ моментъ заключенія договора обѣ стороны, и обманщикъ и обманутый, и принудитель и принужденный, одинаково понимали его содержаніе; но обманщикъ и принудитель знали, что обманутый и принужденный не высказалъ бы тѣхъ намѣреній, которыя онъ высказалъ, если бы не попалъ въ обманъ или подъ принужденіе, и то же самое было ясно для принужденнаго и

394) *Leonhard*, Irrthum bei nichtigen Verträgen, I, 1882.

и выяснялось для обманутаго, какъ скоро онъ раскрывалъ совершенный обманъ. Было признано, что договоръ, совершенный подъ вліяніемъ обмана и принужденія, не заслуживаетъ юридической защиты,—по крайней мѣрѣ до тѣхъ поръ, пока его дѣйствіе не распространилось на третьихъ лицъ. Такъ, если по сдѣлкѣ, которая была совершена по обману, третье лицо успѣло сдѣлать пріобрѣтеніе (напр., покупатель передалъ третьему лицу вещь, которую онъ самъ получилъ путемъ обмана), то такое пріобрѣтеніе оставалось безповоротнымъ, но первоначальные контрагенты вѣдались между собою по поводу обмана и обманувшій долженъ былъ вознаградить обманутаго за убытки. Обманъ и принужденіе противорѣчили обычаю добрыхъ и добросовѣстныхъ людей, который долженъ былъ служить критеріемъ при опредѣленіи правоты или виновности тяжущихся. Тотъ-же обычай контролировалъ въ томъ же духѣ дальнѣйшее поведеніе сторонъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Стороны обязывались дѣйствовать въ отношеніи другъ къ другу по доброй совѣсти (bona fide) и обманъ при исполненіи договора преслѣдовался такъ же, какъ и обманъ при его заключеніи. Судья, разбирая тяжбы, судилъ договорившихся именно съ этой точки зрѣнія. Отсюда за самымъ судебнымъ разбирательствомъ утвердилось названіе судъ по (доброй) совѣсти (iudicium bonae fidei). Не только споры по договорамъ, но вообще споры по двустороннимъ отношеніямъ новаго происхожденія подлежали такому суду. Имъ разбирались споры по «преторскимъ» искамъ, преторское происхожденіе которыхъ не было позабыто юриспруденціей; изъ числа же тѣхъ исковъ, которые интерпретація включила въ категорію цивильныхъ (стр. 269), во время Цицерона [395]) разбирательству «по со-

---

[395]) *Cicero*, de officiis, III. 17 § 70: in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis... (выше прим. 265) ср. de deor. nat. III. 30 § 74. Въ topica 17 § 66 упоминаются еще iudicia rei uxoriae и negotiorum gestorum.—*Gai.* IV. 62 сверхъ названныхъ у Cic., приводитъ еще слѣдующія iudicia bonae fidei: depositi, commodati, pignoris dati, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis; o iud. rei uxoriae у Гая не упоминается. — Въ Inst. 4. 6 § 28 опущено iud. fiduciae и прибавлены hereditatis petitio;

вѣсти» подлежали: 1) искъ по фидуціарнымъ сдѣлкамъ (§ 97); 2) иски по куплѣ-продажѣ; 3) иски по договору найма; 4) иски по договору товарищества; 5) иски по договору порученія; 6) искъ по веденію кѣмъ-либо чужихъ дѣлъ; 7) искъ противъ опекуна; 8) искъ противъ мужа о возвращеніи приданаго послѣ развода. — Потомъ къ этой серіи исковъ прибавились: 9) иски изъ договоровъ поклажи; 10) ссуды; 11) иски по залоговымъ отношеніямъ; 12) такъ-называемая a. praescriptis verbis (гл. XX)—искъ для защиты отношеній по тѣмъ реальнымъ контрактамъ, которые не вошли въ составъ первоначальной ихъ группы, изъ четырехъ контрактовъ, и 13) искъ о раздѣлѣ общаго имущества, пріобрѣтеннаго вскладчину (гл. XXII). Въ судебную формулу этихъ исковъ включалось, въ интенціи, прямое указаніе на то, что взаимныя отношенія сторонъ должны опредѣляться судьею съ точки зрѣнія «доброй совѣсти»: «ex fide bona»; см., напр., формулу на стр. 253, примѣч. 259.

Право, которое выражалось судомъ «по доброй совѣсти», чувствовалось сторонами какъ право мягкое, справедливое (ius bonum, aequum) и противополагалось тому строгому праву (ius strictum), которое выражалось при разборѣ по старымъ цивильнымъ искамъ.

Иски stricti iuris.

Къ искамъ «строгаго» права принадлежали иски, извѣстные подъ именемъ кондикцій (стр. 250); въ республиканское время сюда относились: 1) actio certae creditae pecuniae, по Силіеву закону (стр. 213),—для защиты обязательствъ по литтеральному контракту, займу и стипуляціи, какъ скоро предметомъ обязательства была денежная сумма, точно-опредѣленная; 2) condictio triticaria, по закону Кальпурнія (стр. 214),—для защиты обязательствъ по займу и стипуляціи, когда предметомъ ихъ служили не деньги (напр., зерновой хлѣбъ), въ точно опредѣленномъ размѣрѣ; 3) actio ex stipulatu — искъ для защиты тѣхъ обязательствъ по стипуляціи, предметъ которыхъ не подлежалъ точному количественному опредѣленію.

При разбирательствѣ споровъ по этимъ искамъ, равно какъ

объ a. praescriptis verbis сдѣлана оговорка, которая ограничиваетъ этотъ искъ, какъ bonae fidei actio, двумя случаями.

вообще по искамъ квиритскаго права, обманный образъ дѣйствій не преслѣдовался и сдѣлки толковались по буквальному ихъ смыслу.

Ихъ преобразованіе.

§ 152. Но постепенно наступили измѣненія въ такомъ порядкѣ.

Когда въ правѣ дѣйствуютъ рядомъ два масштаба, которыми измѣряется гражданская отвѣтственность лица, и когда одинъ масштабъ, вполнѣ соотвѣтствуя юридическимъ воззрѣніямъ даннаго времени, заслуживаетъ названіе удобнаго, справедливаго, другой же, составляя остатокъ старыхъ временъ, почитается напротивъ строгимъ, суровымъ, тогда въ обществѣ неизбѣжно возникаетъ стремленіе—открыть новому масштабу примѣненіе при оцѣнкѣ такихъ правовыхъ отношеній, которыя подчиняются еще старому принципу. И вотъ римское гражданское общество обратилось къ своей претурѣ и юриспруденціи съ требованіемъ — при обсужденіи отношеній «строгаго права» обращать вниманіе на всѣ тѣ обстоятельства, которыя заслуживали вниманія при оцѣнкѣ отношеній «по доброй совѣсти».

Претура осуществила это требованіе въ двухъ мѣрахъ, дальнѣйшее развитіе которыхъ приняла на себя юриспруденція.

Вопервыхъ, преторъ Аквилій Галлъ составилъ исковую формулу (actio de dolo), благодаря которой обманутая сторона могла преслѣдовать обманщика, не стѣсняясь формальнымъ характеромъ сдѣлки [396]). Другая формула (exceptio doli, гл. XVI) дала обманутому возможность отклонять самый искъ по сдѣлкѣ, когда этотъ послѣдній вчинался обманщикомъ.

2) Преторъ Октавій (680 г.?) издалъ постановленіе, которое объявило ничтожными сдѣлки, совершенныя по принужденію (vi metusve) [397]). Если принудившій не возвращалъ принужденному, по приглашенію судьи, того, что пріобрѣтено

---

[396]) *Dig.* 4. 3: Verba autem edicti talia sunt: „Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo".

[397]) *Dig.* 4. 2: Ait praetor: „Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo". olim ita edicebatur: „quod vi metusve causa".

имъ по сдѣлкѣ, то приговаривался къ штрафу, вчетверо бо́льшему противъ присвоеннаго (quadruplum). До изданія этого эдикта принужденіе, оказанное при совершеніи сдѣлокъ, могло встрѣчать отпоръ развѣ косвеннымъ образомъ, преимущественно—посредствомъ подведенія принужденія подъ понятіе обмана (dolus), если только преслѣдованіе обмана возникло раньше преслѣдованія принужденія. Случай принужденія имѣлъ то несомнѣнное сходство съ случаемъ обмана, что принудитель, подобно обманщику, самъ былъ виновникомъ того, что другая сторона дѣйствовала несогласно со своими интересами; выраженныя ею намѣренія, завѣдомо для принудителя, не соотвѣтствовали ея истиннымъ намѣреніямъ. Стало быть, принудитель не имѣлъ справедливаго основанія къ тому, чтобы претендовать, если сдѣлка со всѣми ея послѣдствіями объявлялась ничтожною. Напротивъ третьи лица, которыя успѣли пріобрѣсти какія-либо права или выгоды на основаніи сдѣлки, не зная о томъ, что въ ея совершеніи играло роль принужденіе, не были обязаны отказываться отъ сдѣлки. Если, напримѣръ, В вынудилъ отъ А какую-либо вещь, то, пока эта вещь находилась у В, сдѣлка передачи могла быть уничтожена и вещь возвращалась А. Но если В успѣлъ передать эту вещь С, то для А оставалась лишь возможность потребовать отъ В справедливаго вознагражденія, не извлекая самой вещи изъ рукъ С или изъ рукъ дальнѣйшихъ ея пріобрѣтателей. С не участвовалъ въ принужденіи, не обязанъ былъ знать о немъ и потому его пріобрѣтеніе не подлежало спору. Прикосновенность третьяго лица (С) къ вынужденной сдѣлки, безъ знанія о самомъ принужденіи, могла проявиться и въ другихъ формахъ. Напримѣръ, В принуждалъ А отказаться отъ наслѣдства, въ которое въ такомъ случаѣ вступалъ С; В принуждалъ А подарить что-либо С; В, будучи поручителемъ по долгу, принуждалъ кредитора А объявить долгъ уплаченнымъ и такимъ образомъ освобождалъ вмѣстѣ съ тѣмъ и главнаго должника С отъ отвѣтственности предъ кредиторомъ и т. д. Во всѣхъ названныхъ случаяхъ С было лицо, которое обогащалось вслѣдствіе принужденія, содѣяннаго В надъ личностью А, безъ знанія о

самомъ принужденіи. Поэтому надо думать, что на С не распространялось дѣйствіе иска, который получалъ А вслѣдствіе содѣяннаго надъ нимъ принужденія. Прямыхъ свидѣтельствъ въ пользу такого порядка мы не имѣемъ; однако еще во время классической юриспруденціи вопросъ о предѣлахъ дѣйствія иска о принужденіи былъ споренъ, отвѣтственность же С по иску могла возникнуть лишь относительно позднѣе, когда измѣнилось самое воззрѣніе на договоръ. Судебныя средства для преслѣдованія принужденія были различны (restitutio in integrum, actio quod metus causa, exceptio quod metus causa); въ какомъ историческомъ порядкѣ онѣ появились — этотъ вопросъ не можетъ быть разрѣшенъ по недостатку данныхъ.

IV. Толкованіе сдѣлокъ строгаго права и законовъ.

Толкованіе сдѣлокъ.

§153. Воздѣйствіе новаго порядка на старый выразилось также и въ томъ, что новый способъ толкованія былъ примѣненъ къ сдѣлкамъ стараго права и къ законамъ.

Время Цицерона было временемъ горячей борьбы изъ-за пріемовъ толкованія, при чемъ и юристы, и ораторы, вооруженные пріемами греческой риторики, дѣлились на два лагеря [398]). Въ одномъ, наиболѣе знаменитомъ процессѣ этой эпохи, споръ шелъ по поводу духовнаго завѣщанія, оставленнаго нѣкіимъ Копуніемъ. Въ завѣщаніи говорилось: «если «послѣ моей смерти, въ теченіи ближайшихъ 10 мѣсяцевъ, у «меня родится сынъ, то онъ да будетъ моимъ наслѣдникомъ; «если же онъ родится и умретъ прежде своего совершенно-«лѣтія, то моимъ наслѣдникомъ да будетъ М. Курій»; между тѣмъ завѣщатель умеръ и послѣ его смерти никто на свѣтъ не явился,—случай, завѣщаніемъ непредусмотрѣнный. Опираясь на волю завѣщателя, Курій, въ лицѣ своего защитника, оратора Лицинія Красса, требовалъ себѣ наслѣдство, тогда какъ, опираясь на букву завѣщанія, знаменитый понтифъ Кв. Муцій Сцевола защищалъ интересы наслѣдника по зако-

[398]) *Voigt*, I §§ 6—12; III §§ 50. 51.

ну. Процессъ былъ выигранъ Куріемъ. Въ другомъ процессѣ тотъ же Лициній Крассъ защищалъ нѣкоего Орату и явился сторонникомъ формальнаго взгляда. Ората продалъ домъ нѣкоему Гратидіану и потомъ вновь купилъ его у него. Еще до первой продажи домъ былъ обремененъ сервитутомъ. По господствовавшему правилу, продавецъ долженъ былъ объявить о такомъ обстоятельствѣ покупателю при манципаціи вещи, но Гратидіанъ, возвращая домъ Оратѣ, не сдѣлалъ этого; онъ оправдывался тѣмъ, что существованіе сервитута безъ того должно было быть извѣстно Оратѣ, которому домъ принадлежалъ прежде. Судья однако не согласился съ этимъ и рѣшилъ споръ противъ Гратидіана. Формальный характеръ манципаціи, очевидно, оказалъ здѣсь свое вліяніе. Остался неизвѣстнымъ исходъ третьяго процесса, въ которомъ участвовалъ самъ Цицеронъ. Кліентъ его, Цецина, долженъ былъ войти на извѣстный земельный участокъ, но не сдѣлалъ этого въ виду того, что противникъ его, Эбуцій, стоялъ съ вооруженными людьми на мѣстѣ и грозилъ насиліемъ. Этотъ поступокъ Эбуція Цицеронъ подводилъ подъ понятіе изгнанія силою (vi deiicere),—за каковое дѣйствіе преторскій эдиктъ налагалъ отвѣтственность. Въ своей рѣчи за Цецину онъ развивалъ ту мысль, что, запрещая «изгнаніе» (deiectio), преторъ разумѣлъ вообще противодѣйствіе (obsistere) и что подъ насиліемъ (vis) надо понимать также угрозу (metus), тогда какъ защитникъ Эбуція, Пизонъ, стоялъ за буквальное пониманіе обоихъ выраженій.—Толкованіе актовъ, согласное съ волею (voluntas) тѣхъ лицъ, которыя ихъ совершали, называли справедливымъ (aequum) и самый порядокъ, основанный на такомъ отношеніи къ актамъ, справедливостью (aequitas). Этотъ порядокъ велъ къ «благотворнымъ» результатамъ (ius bonum), тогда какъ строгое держаніе за букву вело къ высшей несправедливости: summum ius summa iniuria. Образовалось отвлеченное понятіе справедливости (aequitas), противоположной праву (ius, iustitia).

Толкованіе законовъ. § 154. Отъ сдѣлокъ новый способъ толкованія былъ перенесенъ на законы. Послушаемъ, напр., Цицерона [399]), когда онъ

---

[399]) См. указанія у *Voigt'a*, III, § 21.

говоритъ объ этомъ послѣднемъ предметѣ. По его мнѣнію, сущность закона надо искать въ мысляхъ, которыя думалъ выразить законодатель, но не въ словахъ, которыми онѣ выражены; тотъ судья исполнитъ законъ, который осуществитъ мысли законодателя, но не тотъ, который будетъ держаться буквы закона. Законы назначены для того, чтобы служить общему благу, и толковать ихъ слѣдуетъ съ точки зрѣнія этого блага; законы намъ нужны не потому, что они законы (слова закона суть только сухое и темное выраженіе воли законодателя), но потому, что благодаря законамъ само государство управляется лучше; и такъ какъ мы служимъ государству, то должны примѣнять законы согласно съ государственною пользою. Вмѣстѣ съ тѣмъ законодатель, издавая законъ, знаетъ, съ кѣмъ имѣетъ дѣло; если бы законодатель писалъ для глупцовъ или варваровъ, то, конечно, онъ изложилъ бы все то, что̀ постановить считалъ за нужное; но законодатель зналъ, кто будетъ примѣнять законъ и потому не говоритъ въ немъ о вещахъ, которыя разумѣются сами собою. Ограничиться примѣненіемъ написаннаго съумѣетъ и мальчикъ, судья долженъ раскрыть волю законодателя во всемъ ея объемѣ. Основываться на буквальномъ пониманіи закона—значитъ каверзничать, обманно наносить вредъ своему противнику. Да если бы кто и взялся предусмотрѣть въ законахъ всѣ разнообразные случаи гражданской жизни, то такая задача должна бы оказаться неисполнимою.

Для гражданскаго права свободное толкованіе закона вело за собою новое и плодотворное движеніе впередъ; въ другихъ областяхъ права черезъ-чуръ свободное отношеніе юриста къ закону могло напротивъ грозить серьозными опасностями. Повидимому и это не было упущено безъ вниманія, чему примѣръ представляетъ одинъ изъ уголовныхъ процессовъ временъ Цицерона. Закономъ 673 г. (l. Cornelia iudiciaria) на сенаторовъ было возложено отправленіе судебныхъ обязанностей въ уголовныхъ коммиссіяхъ (quaestiones perpetuae) и другой законъ того же года (l. Cornelia de sicariis et veneficis) грозилъ карою магистратамъ и сенаторамъ, въ случаѣ если они нарушатъ обязанности правосудія. Послѣ того въ 684 г. новый

законъ (l. Aurelia) назначилъ всадниковъ, наряду съ сенаторами, членами уголовныхъ коммиссій. Въ 688 г. противъ одного такого члена изъ всадниковъ, А. Клуэнція, возникло обвиненіе въ неправосудіи; хотя обвинитель Аттій не имѣлъ за себя опредѣленнаго закона, ибо постановленіе 673 г. предусматривало только неправосудіе магистратовъ и сенаторовъ, однако, опираясь на справедливость (aequitas), онъ требовалъ распространенія этого постановленія, по аналогіи, на преступленіе Клуэнція. Недостойное дѣло, говорилъ Аттій, наказать по закону сенатора, если онъ погрѣшитъ въ неправосудіи, и оставить безъ наказанія всадника, если онъ сдѣлаетъ то же самое; несправедливо не подчинять дѣйствія всѣхъ однимъ и тѣмъ же законамъ. Цицеронъ, который былъ защитникомъ Клуэнція, возражалъ на это: я соглашусь съ тобою въ сказанномъ, но согласись же и ты, что еще болѣе недостойное дѣло—отступать отъ законовъ въ такомъ государствѣ, которое держится на законахъ. Законы—ограда того достоинства, которое мы имѣемъ въ республикѣ, законы—основаніе свободы, въ нихъ источникъ справедливости... Магистраты служители законовъ, судьи—ихъ истолкователи, и мы всѣ подчиняемся законамъ для того только, чтобы быть свободными [400]). Цицеронъ вѣрно смотрѣлъ на дѣло, полагая, что буквальная интерпретація уголовныхъ законовъ, безъ всякаго расширенія ихъ по аналогіи,—одно изъ средствъ огражденія политической свободы.

Итакъ къ старымъ цивильнымъ сдѣлкамъ и къ законамъ стали примѣнять толкованіе по смыслу. Пріемъ, который былъ выработанъ въ практикѣ договоровъ, теперь былъ обращенъ на акты односторонніе, каковъ законъ или, въ мірѣ сдѣлокъ, завѣщаніе. При толкованіи договора критеріемъ служилъ, какъ мы видѣли, смыслъ его въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ *обѣ* стороны одинаково могли и должны были сознавать

---

[400]) ...... Multo esse indignius in ea civitate, quae legibus contineatur, discedi ab legibus. Hoc enim vinculum est huius dignitatis, qua fruimur in re publica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis. Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legibus denique idcirco omnes servimus, ut liberi esse possimus.

его; смыслъ, который имѣла въ виду одна изъ сторонъ, но выражала его непонятно для другой стороны, не принимался въ соображеніе. Напротивъ при толкованіи одностороннихъ актовъ такое ограниченіе не могло имѣть мѣста. Безусловнымъ критеріемъ въ этой области служилъ тотъ смыслъ распоряженія, который придавался ему самимъ распоряжавшимся. Вначалѣ это различіе могло пройти безъ вліянія; но постепенно сказалось его дѣйствіе (гл. XXI).

XVI.

Фикціи и эксцепціи.

Консерватизмъ юриспруденціи.

§ 155. Казалось-бы, что послѣ того, какъ римская претура и юриспруденція пережили бурный періодъ обширныхъ нововведеній, смѣло поставленныхъ, въ юрисдикціи городскаго претора, рядомъ съ старыми учрежденіями, не могло бы быть уже болѣе мѣста для проявленій *консерватизма* юриспруденціи (§ 80). Тѣмъ не менѣе мы встрѣчаемъ его вновь, какъ скоро рѣчь заходитъ о коренномъ преобразованіи цивильнаго права, вновь мы узнаемъ съ какою осторожностью и неохотою римскіе юристы приступали къ ломкѣ сложившихся юридическихъ понятій, вновь присутствуемъ при замѣчательномъ зрѣлищѣ, показывающемъ, какъ консерватизмъ юриспруденціи уживался съ потребностями гражданскаго оборота, какъ римская юриспруденція *на практикѣ* удовлетворяла всѣмъ этимъ потребностямъ и въ то же время *въ теоріи* давала этому удовлетворенію такого рода оцѣнку, которая уничтожала значеніе его, какъ явленія, разрушающаго старый порядокъ. Своеобразные логическіе пріемы, поражающіе насъ классификаціи и противопоставленія были употреблены для того, чтобы замаскировать успѣшное посягательство на существующую систему права. Не свидѣтельствуя въ пользу большой способности римской юриспруденціи къ отвлеченному мышленію, они ограждаютъ ее отъ упрека въ пренебреженіи интересами гражданской жизни и представляютъ интересный примѣръ примѣненія несовершенныхъ логическихъ пріемовъ ради достиженія здравыхъ практическихъ цѣлей. Еслибы взду-

мали составлять понятіе о римскомъ правѣ на точномъ основаніи дѣленій и опредѣленій, составленныхъ римскими юристами, не обращая вниманія на практическую, жизненную сторону ихъ теоріи, то представленіе о римскомъ правѣ, какъ системѣ въ высшей степени безсвязной, преисполненной противорѣчій и логическаго хаоса, неминуемо должно было бы выдвинуться впередъ. Мы видѣли, напримѣръ, какъ, признавая, что манципаціонная собственность не можетъ быть уничтожена простою передачею вещи, римскіе юристы лишали собственника, совершившаго такую передачу, судебной защиты его правъ и наоборотъ, перенося эту защиту на пріобрѣтателя, увѣряли, что этотъ послѣдній вовсе—не собственникъ, но лишь обладатель (§ 147 сл.). Догматики нашего времени, формулируя «систему» римскаго права должны были выбросить изъ нея большой рядъ классификацій и противопоставленій, именно для того, чтобы раскрыть истинный смыслъ скрытыхъ ими юридическихъ нормъ и существенное отношеніе этихъ послѣднихъ къ практикѣ, въ отличіе отъ ихъ теоретической конструкціи. У Римлянъ на такую «расчистку» историческаго пути рѣшился, и то не очень смѣло, только Юстиніанъ.

I. Юридическія фикціи [401]).

Значеніе фикцій.

§ 156. Развиваясь вообще, юриспруденція совершенствовала и орудія консерватизма. Обратившись къ коренному преобразованію цивильнаго права (гл. XV), мы встрѣтились теперь съ новымъ, по порядку четвертымъ (ср. §§ 81 и 144), видомъ искусственной аналогіи,—съ юридическими фикціями. Извѣстный признакъ, отличавшій одно отношеніе отъ другаго, все равно—заключался-ли онъ въ присутствіи или въ отсутствіи какого-нибудь свойства, воображался несуществующимъ, черезъ что оба отношенія оказывались вполнѣ сходными и способными къ подведенію подъ дѣйствіе одной и той же

---

[401]) *Мейеръ*, О юридическихъ вымыслахъ (Учен. Зап. Каз. Унив. 1855. VI); *Berger*, Kritische Beiträge zur Theorie des österr. allg. Privatrechtes, 1856, стр. 71—95; *Demelius*, die Rechtsfiction, 1858; *Мэнъ*, Древнее право, 1873, глава 2.

юридической нормы. Подобно всѣмъ другимъ, разсмотрѣннымъ выше видамъ аналогіи, фикціи не представляли собою идеальнаго логическаго пріема и ихъ существованіе было обусловлено прежде всего несовершенствомъ юридическаго мышленія, по мѣрѣ развитія котораго онѣ неминуемо должны терять свое значеніе. Это исключительно историческое значеніе фикцій не слѣдуетъ упускать изъ виду при ихъ оцѣнкѣ; несовершенный логическій пріемъ, вызванный извѣстными историческими условіями, не должно распространять далѣе границъ, установленныхъ для него исторіею. — Неправильно также усматривать въ фикціяхъ продуктъ историческаго развитія принципа: simulata pro veritate habentur, проявившагося сначала въ религіозной сферѣ, а потомъ перенесеннаго и въ сферу правовую; какъ жрецы приносили въ жертву деревянныя изображенія человѣка вмѣсто живыхъ людей, такъ будто бы и юристы при помощи фикцій подставляли одно отношеніе вмѣсто другаго (Демеліусъ). Въ такомъ сопоставленіи фикцій со способами жертвоприношеній обращено вниманіе исключительно на одинъ, общій имъ, внѣшній признакъ,— уподобленіе одного предмета другому,—и упущено изъ виду болѣе существенное ихъ несходство. Умственный процессъ, руководящій употребленіемъ изображеній вмѣсто настоящихъ предметовъ, находя себѣ исходъ въ символическомъ дѣйствіи, стоитъ гораздо дальше отъ сферы сознательнаго мышленія, нежели тотъ процессъ, который создаетъ юридическую фикцію и отливаетъ ее въ извѣстную словесную формулу. Въ первомъ случаѣ реформа относится къ дѣйствіямъ человѣка, при чемъ имѣется въ виду упрощеніе формы этихъ дѣйствій въ такомъ направленіи, что самое дѣйствіе теряетъ свое значеніе и подъ конецъ превращается въ пустую форму. Напротивъ фикція имѣетъ своимъ предметомъ конструкцію юридическихъ отношеній; она приравниваетъ одно отношеніе другому и разрушеніе первоначальнаго значенія одного изъ нихъ хотя можетъ быть результатомъ фикціи, однако не составляетъ ни ея цѣли, ни необходимаго слѣдствія. Примѣръ пояснитъ сказанное. Когда Римляне заставили одного изъ воиновъ Пирра купить участокъ земли въ Италіи и избрали

этотъ послѣдній мѣстомъ для исполненія древняго обряда объявленія войны, тогда они сдѣлали перемѣну въ одномъ изъ торжественныхъ актовъ, подорвавъ вмѣстѣ съ тѣмъ его значеніе; когда же преторъ трактовалъ какъ римскаго гражданина иностранца, укравшаго что-либо у Римлянина (стр. 232), или же посредствомъ фикціи приравнивалъ «обладателя» собственнику (какъ это было въ Публиціевомъ искѣ, стр. 342), тогда онъ давалъ юридическую санкцію вновь образовавшемуся правоотношенію и, ставя его рядомъ съ другимъ, болѣе древнимъ правоотношеніемъ, оставлялъ это послѣднее неприкосновеннымъ.

Фикція была пріемомъ аналогіи наиболѣе юнымъ и въ основаніи ея лежалъ не столько консерватизмъ, въ строгомъ смыслѣ, сколько простая экономія юридическихъ идей. Большинство фикцій образовалось потому, что безъ нихъ пришлось бы ломать строй установившихся понятій, — работа, которая могла казаться римскимъ юристамъ черезчуръ трудною и вовсе ненужною. «Представимъ себѣ, что правленіе «желѣзной дороги или начальство таможни напечатало та«рифъ, въ которомъ по недосмотру, или потому, что какой«нибудь предметъ не былъ еще извѣстенъ, оказалась пропу«щенною рубрика этого предмета. Для того, чтобы не пере«печатывать тарифа снова, правленіе опредѣляетъ, что новый «предметъ долженъ быть подведенъ подъ одну изъ существу«ющихъ рубрикъ, что, напр., коксъ долженъ оплачиваться, «какъ каменный уголь. Чѣмъ отличался отъ этого пріемъ «претора, когда онъ, сохраняя неизмѣнными старыя форму«лы, прибавлялъ къ нимъ замѣчаніе о томъ, что судья дол«женъ трактовать новое отношеніе совершенно такъ же, какъ «онъ трактовалъ бы его тогда, когда оно подходило бы подъ «одну категорію со старымъ»? (Іерингъ). Однако этою точкою зрѣнія должно руководствоваться съ осторожностью. Она справедлива, но не по отношенію ко всѣмъ фикціямъ безъ исключенія, и въ нѣкоторыхъ изъ нихъ можно видѣть слѣды консерватизма, вытекающаго изъ болѣе серьознаго источника, т. е. консерватизма, какъ непосредственной потребности юриспруденціи.

Область примѣненія.

§ 157. Уже нѣсколько разъ мы встрѣчались съ фикціями. *Вопервыхъ*, ими пользовался преторъ перегриновъ, чтобы уподобить положеніе перегрина, въ отношеніи отвѣтственности за проступки, положенію римскаго гражданина (стр. 232). Подобнымъ же образомъ дѣйствовалъ позднѣе городской преторъ; такъ, формулою, извѣстною подъ именемъ Сервіевой (стр. 296), онъ уподобилъ положенію наслѣдника положеніе того, кто покупалъ съ публичнаго торга имущество несостоятельнаго должника. Или, обходя старое цивильное право, онъ уподобилъ лицъ, подвергшихся умаленію правоспособности низшей степени (capitis deminutio minima), что̀ касается до ихъ отвѣтственности за долги (§ 7), — такимъ лицамъ, которыя никакого умаленія въ правоспособности не претерпѣли [402]; другими словами, преторъ отмѣнилъ то положеніе стараго права, по которому отвѣтственность за долги погашалась, какъ скоро должникъ претерпѣвалъ capitis deminutio minima. Названныя фикціи имѣли наименѣе консервативный характеръ Чтобы не изыскивать новыхъ выраженій, преторъ просто указывалъ судьѣ, что въ данномъ случаѣ перегринъ долженъ быть трактуемъ какъ римскій гражданинъ, потерпѣвшій умаленіе правоспособности — какъ не потерпѣвшій этого. Такого рода фикція была понятна даже въ устахъ самого законодателя, чему примѣръ мы встрѣтили въ фикціи Рубріева закона (стр. 331). *Вовторыхъ*, фикціями пользовался городской преторъ, когда онъ распространялъ дѣйствіе старыхъ цивильныхъ исковъ, въ формѣ legis actiones (стр. 245). Здѣсь консерватизмъ имѣлъ наиболѣе серьозныя основанія, ибо ничто не казалось столь неприкосновеннымъ, какъ старый цивильный искъ въ его торжественной формѣ (legis actio). Потому было бы въ высшей степени интересно познакомиться подробно съ фикціями, сюда принадлежащими, но, какъ мы знаемъ, состояніе источниковъ не дозволяетъ этого. Во всякомъ случаѣ не слѣдуетъ смѣшивать такое распространеніе дѣйствія старыхъ исковъ съ распространеніемъ ихъ дѣйствія посредствомъ интерпретаціи. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ торже-

---

[402]) *Gai.* III. 84; *Dig.* 4. 5 fr. 2 § 1.

ственная исковая формула оставалась безъ измѣненія, но только старымъ словамъ приписывался новый смыслъ; напротивъ въ случаѣ фикціи измѣнялась самая торжественная формула чрезъ включеніе въ нее словъ, выражавшихъ фикцію. — Наконецъ на *третьемъ* мѣстѣ должно назвать фикціи, которыя употреблялись въ формулярномъ судопроизводствѣ въ видахъ кореннаго преобразованія цивильнаго права. Извѣстны два примѣра такихъ исковъ: фикція Публиціева иска, который служилъ собственнику по преторскому эдикту и былъ описанъ нами (стр. 342), и фикція тѣхъ исковъ, которые служили какъ наслѣднику, такъ и противъ него при наслѣдованіи по преторскому эдикту (стр. 349). Итакъ преторское право собственности, названное «обладаніемъ» (in bonis habere), и преторское наслѣдственное право, названное «владѣніемъ» (bonorum possessio), выражались юридически фиктивными исками. Въ обоихъ случаяхъ преторское право шло вполнѣ или отчасти наперекоръ таковому же цивильному праву: собственности по праву Квиритовъ, наслѣдственному праву по законамъ XII таблицъ; въ обоихъ случаяхъ судебная формула маскировала разладъ двухъ порядковъ, стараго и новаго, и подводила новый порядокъ подъ точку зрѣнія стараго. Юридическая конструкція была до нельзя оригинальна: чтобы не отступить отъ стараго порядка, по которому называться своимъ именемъ могла только квиритская собственность, наслѣдственное право, юристъ признавалъ за нѣчто отличное преторскую собственность, преторское наслѣдственное право и называлъ и то и другое особыми именами; но такъ какъ по тому же порядку защищаться могли только квиритская собственность и цивильное наслѣдственное право, то, желая охранить новыя, преторскія отношенія, онъ сообщилъ ихъ защитѣ такой видъ, что ею охранялись какъ бы старыя, квиритскія права. Консерватизмъ дѣйствовалъ тутъ со всею своею силою; выбрасывая новыя отношенія изъ круга сложившихся правовыхъ понятій, онъ находилъ въ фиктивныхъ искахъ средство вновь ввести ихъ въ этотъ кругъ.

II. Возстановленіе первоначальнаго состоянія (restitutio in integrum [403]).

Restitutio in integrum.

§ 158. Практическое значеніе фикціи состояло въ томъ, что юристъ, употребляя ее, измѣнялъ дѣйствующія юридическія нормы; онъ или придавалъ юридическое значеніе такому событію, которое его доселѣ не имѣло (напр., традиціи вещи mancipi придавалось значеніе способа пріобрѣтенія права собственности), или у события, доселѣ обладавшаго юридическимъ значеніемъ, отнималось такое значеніе (напр., у capitis deminutio minima). Однако это значеніе фикціи юристомъ не сознавалось; оно, напротивъ того, прикрывалось формою фикціи, откуда—ложная искусственность, ненормальность этого юридическаго пріема. Естественно ожидать, что рано или поздно юриспруденція станетъ отказываться отъ подобнаго пріема и предпочтетъ ему средства, болѣе прямыя. Такъ именно и случилось съ появленіемъ института, который назывался реституціей (restitutio in integrum). Какое-нибудь событіе (напр., истеченіе давности, сдѣлка) могло обладать юридическою силою по дѣйствующимъ нормамъ, но преторъ находилъ, что несправедливо въ данномъ случаѣ оставить за нимъ эту силу; тогда онъ, по ходатайству потерпѣвшаго лица, «возстановлялъ его въ первоначальное состояніе», т. е. отмѣнялъ вполнѣ или отчасти юридическія послѣдствія этого событія, возвращая просителю утраченный искъ или утраченное право.

Реституція представляетъ интересный институтъ для характеристики преторскаго творчества. Преторскій эдиктъ не опредѣлялъ точно случаевъ реституціи, но ограничивался только общимъ указаніемъ на категоріи лицъ, которыя имѣли право просить о реституціи (недостигшіе 25 лѣтъ, отсутствовавшіе и т. д.); въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ преторъ изслѣдовалъ дѣло лично (causae cognitio), т. е. безъ передачи его судьѣ, и опредѣлялъ по своему усмотрѣнію, заслуживаетъ-ли

---

[403]) *Dig.* 4. 1—7; *Paulus*, Sent. rec. I, 7—9. *Savigny*, System, VII §§ 315—343.

проситель реституціи. Лица, недостигшія 25 лѣтъ, можетъ быть, первые воспользовались этимъ институтомъ; именно, опираясь на Плеторіевъ законъ (гл. XVII), преторъ отмѣнялъ всѣ тѣ сдѣлки этихъ лицъ, которыя были для нихъ невыгодны. Довольно рано реституціей могли воспользоваться лица, которымъ пришлось отсутствовать нѣкоторое время изъ Рима по дѣламъ республики, или по нахожденію въ плѣну у непріятеля; отсутствіе могло помѣшать своевременному совершенію какихъ-либо дѣйствій (напр., предъявленію иска, защитѣ противъ иска, пользованію сервитутомъ) и чрезъ то повести къ потерѣ самаго права; преторъ возстановлялъ отсутствовавшаго въ его прежнее состояніе, въ случаѣ нужды опредѣляя точно то количество времени, которое такимъ образомъ какъ бы возвращалось потерпѣвшему. Отъ отсутствія кого-либо могли потерпѣть не только самъ отсутствовавшій, но и другія лица, напр., кто-либо не могъ своевременно предъявить искъ къ своему противнику вслѣдствіе его отсутствія; преторъ давалъ реституцію и такимъ лицамъ. Съ появленіемъ (680 г. ?) эдикта претора Октавія о принужденіи (metus) реституцію могли получать и лица, принужденныя къ совершенію какой-либо сдѣлки.—Въ области судопроизводства тоже было мѣсто для реституціи. Именно, если по обману (dolus) противника, или по собственной ошибкѣ своей (error), одна изъ сторонъ составляла неправильную и невыгодную (для себя или противника) формулу, напр., истецъ просилъ болѣе, чѣмъ ему слѣдовало, отвѣтчикъ позабывалъ упомянуть объ оговоркѣ, клонившейся къ его пользѣ, то, по строгому праву, формула, уже переданная судьѣ (контестація тяжбы) не подлежала отмѣнѣ; однако преторъ, во вниманіе къ ошибкѣ или обману, бывшихъ причиною неправильнаго составленія формулы, былъ готовъ отмѣнить ее и замѣнить другою, болѣе правильною. Кромѣ составленія формулы то же самое примѣнялось къ нѣкоторымъ другимъ процессуальнымъ актамъ; напр., къ судебному признанію, сдѣланному по ошибкѣ. Позднѣе реституцію на основаніи ошибки и обмана юристы (Папин., Ульп.) и императоры (293 г.) примѣняли также къ юридическимъ сдѣлкамъ; но такое примѣненіе не могло получить

развитія по той причинѣ, что для борьбы съ обманомъ и для устраненія невыгодныхъ послѣдствій ошибки существовали свои средства: иски, эксцепціи. Оба эти средства употреблялись и для борьбы съ принужденіемъ (metus), вслѣдствіе чего реституція въ случаѣ совершенія сдѣлки по принужденію стала, въ свою очередь, выходить изъ употребленія. Въ правѣ классическихъ юристовъ относительно сдѣлокъ наибольшее примѣненіе имѣла реституція лицъ, недостигшихъ 25-лѣтняго возраста, и реституція по отсутствію, при чемъ кромѣ вышеупомянутыхъ причинъ отсутствія принимались во вниманіе разныя другія уважительныя причины; реституція вслѣдствіе принужденія утрачивала самостоятельное значеніе въ виду другихъ средствъ и наконецъ реституція на основаніи ошибки и обмана примѣнялась почти исключительно для отмѣны судопроизводственныхъ актовъ.

Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ реституція могла привести, какъ къ своему послѣдствію, къ фиктивнымъ искамъ. Положимъ, напр., что кто-либо не предъявилъ своевременно какого-нибудь иска по причинѣ своего выбытія изъ Италіи и потому потерялъ этотъ искъ. Преторъ, разсмотрѣвъ дѣло лично, реституировалъ такое лицо въ то юридическое положеніе, въ которомъ оно находилось до своего выбытія, и потомъ на основаніи реституціи давалъ ему потерянный искъ, при чемъ въ формулу включалась фикція: «если бы онъ не выбывалъ изъ Италіи». Понятно, что такая фикція имѣла по преимуществу описательное значеніе и уже далеко не была фикціею въ ея первоначальномъ смыслѣ. Въ другихъ случаяхъ для осуществленія реституціи преторъ прибѣгалъ къ непосредственнымъ приказаніямъ (декретамъ); напр., онъ реституировалъ недостигшаго 25 лѣтъ, который невыгодно продалъ свою вещь, и приказывалъ покупателю возвратить продавцу предметъ купли.

III. Дуализмъ юридической системы. Эксцепція (exceptio).

Дуализмъ. § 159. Когда нельзя было примирить консерватизмъ съ жизнью посредствомъ аналогіи, эта задача разрѣшалась дуализ-

момъ юридической системы. Жертвуя единствомъ системы, юриспруденція составляла изъ новыхъ явленій правовой жизни особую систему рядомъ съ старою системою, которая оставалась теоретически неприкосновенною. Такъ, «обладаніе» вещью заняло въ теоріи мѣсто рядомъ съ квиритскою собственностью, «владѣніе» наслѣдствомъ — рядомъ съ старымъ наслѣдственнымъ порядкомъ. Дуализмъ дѣйствительности—распаденіе права на право претора перегриновъ и на право претора городскаго предшествовалъ дуализму теоріи и облегчилъ его образованіе; но дуализмъ теоріи не былъ простымъ воспроизведеніемъ дуализма дѣйствительности. Многое изъ того, что̀ было создано у претора перегриновъ, въ судилищѣ городскаго претора было *подведено* подъ букву стараго цивильнаго права (купля - продажа, наемъ и т. п.) и, стало быть, введено въ старую систему; наоборотъ въ теоретическомъ дуализмѣ появилось въ качествѣ новаго и обособленнаго многое такое, что̀ претору перегриновъ вовсе не было извѣстно (напр., «владѣніе» наслѣдствомъ).—Обособленность новыхъ юридическихъ понятій, составляющая характеристическую черту теоретическаго дуализма приносила развитію права ту же выгоду, какую приносилъ и дуализмъ дѣйствительности. Новая система развивалась при дуализмѣ вполнѣ свободно; тѣмъ самымъ, что новыя права разсматривались совершенно независимо отъ старой системы, ихъ развитіе находилось внѣ вліянія старыхъ взглядовъ. Не менѣе важно было другое, благопріятное прогрессу послѣдствіе дуализма юридической системы. Институты, теоретическая самостоятельность которыхъ была вызвана исключительно консерватизмомъ, послужили потомъ центромъ, къ которому примкнули новые, дѣйствительно самостоятельные институты. Такъ, Публиціевъ искъ послужилъ къ образованію особаго права добросовѣстнаго владѣнія (гл. XXbis), «владѣніе» наслѣдствомъ явилось средствомъ для кореннаго преобразованія всего наслѣдственнаго права (см. гл. XVII).

Собственность и «обладаніе», наслѣдство и «владѣніе» наслѣдствомъ, и созрѣвшее въ заключеніе преторской дѣятельности, въ качествѣ обобщенія, противоположеніе преторскаго права цивильному,—вотъ наиболѣе крупные примѣры дуализ-

ма. Только въ позднѣйшія времена римской юриспруденціи перестали видѣть въ преторскомъ правѣ нѣчто слабѣйшее сравнительно съ цивильнымъ правомъ. Такъ, Марціанъ, юристъ II вѣка, признавалъ въ немъ «живой голосъ цивильнаго права[404]). — Дуализмъ правъ повторялся относительно ихъ исковъ. Такъ, собственности и «обладанію» соотвѣтствовали два вида виндикаціи: настоящая и фиктивная (Публиціевъ искъ), наслѣдственному праву и «владѣнію» наслѣдствомъ—два вида исковъ по наслѣдству: обыкновенные и фиктивные. Что̀ въ правахъ противополагалось по именамъ, то въ искахъ, соотвѣтствовавшихъ этимъ правамъ, сближалось посредствомъ фикцій, являя оригинальное сочетаніе двухъ различныхъ пріемовъ консервативной юриспруденціи: дуализма и аналогіи.

Эксцепція.

§ 160. Дуализмомъ объясняется происхожденіе такого своеобразнаго института, какова была эксцепція [405]). Мы уже не разъ встрѣчались съ нею и чтобы указать, что̀ она — такое, достаточно напомнить одинъ изъ упомянутыхъ нами случаевъ. Именно, когда квиритскій собственникъ виндицировалъ свою вещь, то «обладатель» могъ отринуть его виндикацію ссылкою на то, что сказанная вещь была продана и передана истцомъ ему, отвѣтчику (exceptio rei venditae et traditae). Эта ссылка вносилась въ судебную формулу и составляла такимъ образомъ часть формулы, которая получала, примѣрно, такой видъ: *назначеніе судьи*: такой-то назначается судьею; *интенція*: если окажется, что такая-то вещь принадлежитъ АА; *эксцепція*: и если притомъ она не была АА (собственникомъ ея) продана и передана NN; *кондемнація*: то ты, судья, осуди NN и т. д. Итакъ эксцепція представлялась частью формулы, слѣдовавшею обыкновенно за интенціей и имѣвшею видъ условно-отрицательнаго предложенія («если не» и т. п. [406]).

[404]) *Dig.* 1. 1 fr. 8: nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis (Марц.); ср. fr. 11: nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium (Павелъ).

[405]) *Gai.* IV. 115—125; *Inst.* IV. 13; *Dig.* 44. 1 и слѣд.; *Cod.* 8. 35 (36). *Lenel*, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876; *Eisele*, Die materielle Grundlage der Exceptio, 1871.

[406]) Si non, ac si non, qua de re non, extra quam si, praeterquam si, и др. см. *Keller*, § 34, прим. 369.

Въ такомъ видѣ она могла существовать еще въ юрисдикціи претора перегриновъ. Составляя свои формулы, преторъ перегриновъ описывалъ въ нихъ всѣ обстоятельства, при наличности которыхъ право истца должно быть признано и искъ, данный истцу, осуществленъ; такъ какъ эти обстоятельства бываютъ двухъ родовъ: положительныя и отрицательныя, то и формула должна была содержать два рода условныхъ предложеній: положительныя и отрицательныя; изъ нихъ послѣднія частью связывались съ первымъ, частью же противоставлялись имъ въ той формѣ, которая была извѣстна впослѣдствіи подъ именемъ эксцепціи. Однако не существовало никакого опредѣленнаго юридическаго принципа, на которомъ основывалось бы послѣднее различіе, и въ отношеніи его юристы руководились соображеніями исключительно стилистическаго и логическаго свойства. Слово эксцепція могло употребляться въ эту эпоху для обозначенія самостоятельныхъ условно-отрицательныхъ предложеній, которыя включались въ формулу, но оно не имѣло никакого особаго юридическаго значенія. Мы знаемъ, что въ составленіи судебной формулы принимали участіе сами тяжущіяся стороны (стр. 241 сл.); въ виду этого эксцепціей могъ называться также процессуальный актъ отвѣтчика, которымъ онъ, не отрицая прямо существованія обстоятельствъ, предусмотрѣнныхъ интенціей, выставлялъ въ свою пользу иныя обстоятельства, долженствовавшія уничтожить силу первыхъ, и потому ходатайствовалъ о своемъ оправданіи. Особаго юридическаго значенія этотъ актъ въ юрисдикціи претора перегриновъ также имѣть не могъ.—Все это значительно измѣнилось, какъ скоро эксцепціей воспользовался городской преторъ. Въ его юрисдикціи эксцепція послужила средствомъ для того, чтобы отмѣнять дѣйствіе старыхъ цивильныхъ исковъ тогда, когда такая отмѣна, не будучи предусмотрѣна цивильнымъ правомъ, представлялась претору справедливою. Эксцепція стала средствомъ борьбы преторскаго права съ цивильнымъ, средствомъ преобразованія цивильнаго права въ новомъ духѣ. «Эксцепціи», говоритъ Гай [407]), «были составлены

Юридическое значеніе.

---

[407]) IV. 116.

ради защиты отвѣтчиковъ, ибо часто случается, что кто-либо по цивильному праву отвѣтственъ, однако несправедливо осуждать его.» Стало быть, эксцепціи были средствомъ, которымъ «справедливость» (aequitas) проникала въ старое право. Не надо однако усматривать въ эксцепціи единственное средство, въ которомъ могла выразиться «справедливость». Справедливость выражалась въ эксцепціяхъ лишь потому, что ея вторженіе въ старое цивильное право основывалось на авторитетѣ преторской власти, т. е. на авторитетѣ, относительно слабѣйшемъ, чѣмъ тотъ авторитетъ, на которомъ зиждилось цивильное право. Если бы такого неравенства не было, то справедливость могла бы часто выражаться относительно старыхъ исковъ путемъ простаго отрицанія ихъ, безъ всякой эксцепціи. Указанія (напр., указаніе на dolus, bona fides), которыя въ формулы старыхъ исковъ вносились въ видѣ эксцепціи, въ другихъ случаяхъ входили нерѣдко въ составъ самой интенціи (ср. § 163). Какъ мы знаемъ, старое судопроизводство per legis actiones не знало эксцепціи и тѣмъ не менѣе въ немъ находили свое выраженіе всевозможныя ссылки отвѣтчика (§ 70). «Если преторъ избралъ для выраженія но«выхъ мотивовъ оправданія совершенно новую форму — экс«цепцію, то такъ случилось не потому, что старыя формы «были неудовлетворительны, а новая представляла болѣе «удобствъ, но потому, что онъ *не смѣлъ* пользоваться для «цѣлей защиты старыми формами, точно такъ же какъ для «достиженія цѣлей иска онъ не смѣлъ употреблять цивильные «иски» (Ierингъ). Въ источникахъ эксцепція безпрестанно представляется какъ преторскій институтъ [408]) и какъ средство, противополагаемое по преимуществу искамъ стараго

408) *Cicero*, de inventione, II, 19, 57: nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit; *Dig.* 13. 5 fr. 3 § 1: si quis autem constituerit quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem....; *Dig.* 44. 4 fr. 4 § 32:... aequius esse praetorem te tueri... exceptione in factum comparata и т. д.; ср. *Eisele*, ук. соч., стр. 56—60.

права (actiones civiles) [409]). На этой именно почвѣ слѣдуетъ искать источникъ того воззрѣнія на эксцепцію, которое мы находимъ еще у юристовъ классическаго времени. «Кто пользуется эксцепціей», говоритъ Ульпіанъ, «тотъ является истцомъ» [410]). Итакъ со степени простой оговорки, эксцепція возводится на степень иска; она представляется искомъ, противоположнымъ иску истца, и такъ какъ каждый искъ предполагаетъ за собою самостоятельное право, то дарованіемъ эксцепціи отвѣтчику признается за нимъ существованіе особаго права, такъ что противоположеніе иска (интенціи) и эксцепціи выражаетъ собою противоположеніе или столкновеніе двухъ правъ. Въ формулѣ эксцепція помѣщалась *внѣ* интенціи и притомъ послѣ нея. Этимъ выражалось, что эксцепція есть нѣчто чуждое для обычнаго состава формулы; то же высказывалось въ положеніи, что эксцепція есть *условіе* осужденія (кондемнаціи) [411]), т.-е. какъ скоро формула содержала эксцепцію, то осужденіе было еще условно и при наличности всѣхъ обстоятельствъ, предусмотрѣнныхъ въ интенціи. По взгляду юристовъ, право, служащее къ защитѣ отвѣтчика, истекаетъ изъ обстоятельства, лежащаго *внѣ* того юридическаго отношенія, на которое опирается истецъ, такъ что право, защищаемое искомъ, несмотря на присутствіе подоб-

[409]) *Dig.* 44. 7 fr. 42 § 1: Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen, ne exceptione submoveantur, vel honorariam actionem, vel in factum; *Dig.* 50. 16 fr. 10: Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario.... ср. *Dig.* 13. 5 fr. 30; *Cod.* 8. 35 l. 1.

[410]) *Dig.* 44. 1. fr. 1. 2: Agere etiam is videtur qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est; ср. *Gai.* II. 84, 198; III. 168; IV. 116; *Inst.* 4. 13 §§ 1—5; *Dig.* 45. 1 fr. 36.

[411]) *Gai.* IV. 119... ideo scilicet quia omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem; ср. *Dig.* 44. 1 fr. 22 и 2 pr. Цицеронъ de inventione II. 20 называетъ разбирательство безъ эксцепціи iudicium purum, каковой атрибутъ вообще составляетъ противоположеніе „условному“.

наго обстоятельства, нисколько не уничтожается, ни измѣняется имъ: эксцепція не затрогиваетъ существованія истцова права, но лишь устраняетъ его проявленіе. Такъ, эксцепція «обладателя», по мысли юристовъ, должна была, не уничтожая права квиритскаго собственника, лишь устранить его проявленіе. Догматически такая комбинація не имѣла смысла; но она имѣла свой смыслъ по понятіямъ юриста, который не допускалъ въ теоріи равенства между институтами цивильнаго и преторскаго происхожденія [412]). Вслѣдствіе долгаго, лишь медленно измѣнявшагося сосуществованія, нормы и учрежденія стараго права срослись въ представленіяхъ юристовъ въ одно цѣлое, разрушить которое юристы не считали въ своей власти. Въ числѣ такихъ представленій было, во первыхъ, представленіе о связи, существовавшей въ силу предписаній цивильнаго права между старыми исками цивильнаго, «строгаго» права (stricti juris) и условіями ихъ примѣненія, такъ что относившаяся сюда часть исковой формулы (intentio) получила свойство неизмѣняемости; вовторыхъ,— представленіе о связи между всѣми цивильными исками и назначеннымъ для ихъ осуществленія видомъ процесса. Когда преторъ, шедшій вслѣдъ за потребностями жизни, счелъ необходимымъ соединить иски «строгаго» права съ нѣкоторыми новыми условіями, а также произвести нѣкоторыя измѣненія въ судопроизводствѣ, изъ коихъ главное состояло въ учреж-

---

412) Впрочемъ практическая сторона дѣла въ концѣ концовъ перевѣшивала теоретическія соображенія. Тотъ же самый Ульпіанъ признавалъ, что тамъ, гдѣ иску изъ обязательства можно противопоставить эксцепцію, тамъ не существуетъ самаго обязательства (*Dig*. 40. 12 fr. 20 § 3; ср. *Dig*. 16. 2 fr. 14; 34. 3 fr. 13; 42. 4 fr. 7 § 14; 44. 7 fr. 42 § 1; 50. 16 fr. 10, 55; 50. 17 fr. 66), уплата же по подобному обязательству заключаетъ въ себѣ уплату не-должнаго (indebitum solutum, *Dig*. 12. 1 fr. 40, ср. *Vat*. § 266; *Dig*. 12. 6 fr. 26 § 3, fr. 40 pr.). Если кто-либо покупалъ вещь, составлявшую предметъ спора, у тяжущагося, который не владѣлъ ею, то иску по такой куплѣ-продажѣ противополагалась эксцепція (e. litigiosae rei emptae a non possidente, *Gai*. IV. 117) и тѣмъ не менѣе Ульпіанъ признавалъ эту куплю недѣйствительной (*Frg. de iure fisci*, § 8). Еще Помпоній называлъ «какъ бы недѣйствительною» стипуляцію, противъ которой направлялась эксцепція (*Dig*. 45. 1 fr. 25).

деніи новаго вида iudicium, тогда онъ не рѣшился поставить новыя нормы и учрежденія на одну доску съ нормами и учрежденіями стараго права и признать за новыми свойство проявлять свое дѣйствіе ipso iure. Хотя на практикѣ новыя нормы и учрежденія уничтожили дѣйствіе старыхъ, но въ теоріи старая система считалась неприкосновенною; вслѣдствіе этого юристъ не могъ отказать въ искѣ лицу, основывавшему свое право на старой нормѣ, а за лицомъ, ссылающимся на новую, преторскую норму, не дозволяя ему отрицать существо истцова права, призналъ лишь особое право самостоятельнаго происхожденія, дѣйствіемъ своимъ устраняющее осуществленіе истцова права; для судебнаго же проявленія этого права преторъ и далъ отвѣтчику самостоятельный искъ, который въ отношеніи иска истца получилъ значеніе эксцепціи. Въ исковой формулѣ самостоятельность эксцепціи выразилась тѣмъ, что она не вошла въ составъ интенціи, а стала внѣ ея. Причина появленія эксцепціи заключалась, слѣдовательно, въ консерватизмѣ римской юриспруденціи, въ отсутствіи у нея той смѣлости, которая необходима для того, чтобы смотрѣть прямыми глазами на свои поступки. Нормы, выразившіяся въ эксцепціи, и учрежденія, защищенныя ею, всѣ были нѣчто новое, несродное изстари сложившемуся юридическому созерцанію, — и такое новое не могло слиться со старымъ: оно могло лишь, не нарушая стараго порядка внутри его (въ логической системѣ), ограничить его проявленіе извнѣ (въ жизни);—практическіе результаты (съ нѣкоторыми ограниченіями) были тѣ же, какъ и при непосредственной передѣлкѣ старой системы, но консерватизмъ понятій не страдалъ. Взглянувъ на дѣло съ практической стороны, Павелъ замѣтилъ, что нѣтъ никакой разницы между тѣмъ, кто вовсе не имѣетъ иска, и тѣмъ, чей искъ уничтожается эксцепціей [413]).

Способы защиты.

§ 161. Такимъ образомъ судопроизводство по формуламъ знало два способа защиты отвѣтчика: посредствомъ простаго

---

[413]) *Dig.* 50. 17 fr. 112. Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.

отрицанія истцова иска, — что называлось защитою «ipso iure», и посредствомъ эксцепціи,—что называлось «ope exceptionis». Терминъ «ipso iure» не имѣлъ постоянно одного значенія, но вообще обозначалъ, что для наступленія извѣстнаго юридическаго результата не требуется никакого особаго акта. Въ большинствѣ случаевъ «ipso iure» обозначало отсутствіе необходимости въ какомъ-либо актѣ со стороны магистрата. «Когда римскій юристъ сообщаетъ намъ, что не существуетъ необходимости въ актахъ магистрата для произведенія или устраненія какого-либо юридическаго результата, тогда въ девяносто девяти случаяхъ изъ ста онъ имѣетъ въ виду то обстоятельство, что означеный результатъ наступаетъ или не наступаетъ въ силу цивильнаго права» (Ленель). Когда подъ «ipso iure» разумѣлась ненадобность эксцепціи, тогда, слѣдовательно, «ipso iure» означало, что на судѣ отвѣтчикъ получалъ защиту безъ всякаго вмѣшательства претора; и безъ того судья долженъ былъ защитить отвѣтчика, почему такой родъ защиты назывался также «officio iudicis»: защита давалась въ силу самаго закона или цивильнаго права. Въ противоположность этому выраженіе «ope exceptionis» означало, вопервыхъ, что юридическое основаніе къ оправданію лежало не въ существующей цивильной нормѣ, но во власти претора, ограничивающей эту норму, и, вовторыхъ, что для своего процессуальнаго проявленія оправданіе нуждалось въ особомъ актѣ, направленномъ къ ограниченію цивильной нормы. Эксцепція въ «матеріальномъ» смыслѣ есть актъ претора (проявленіе его власти), направленной къ ограниченію (измѣненію) дѣйствующей цивильной нормы; эксцепція въ «процессуальномъ» смыслѣ есть актъ отвѣтчика, ссылающагося на подобный преторскій актъ.

Первая группа эксцепцій.

§ 162. Обратимся теперь къ указанію отдѣльныхъ эксцепцій. Первую группу образуютъ эксцепціи, въ которыхъ выражается вторженіе преторскихъ *процессуальныхъ* учрежденій въ порядокъ цивильнаго права:

1. въ старомъ процессѣ контестація иска (litis contestatio) уничтожала правовое отношеніе истца и отвѣтчика, составлявшее предметъ ихъ спора, и замѣняла его новымъ, истекав-

шимъ изъ контестаціи (стр. 159); подобное же дѣйствіе приписывалось судебному рѣшенію: оно, въ свою очередь, уничтожало отношеніе по контестаціи и замѣняло ихъ отношеніями по судебному рѣшенію (res iudicata). Все это совершалось ipso iure. Вслѣдствіе этого, когда кто-либо предъявлялъ во второй разъ искъ, уже разрѣшенный прежде, то ссылка отвѣтчика на то обстоятельство, что дѣло уже было предметомъ судебнаго разбирательства, была простымъ отрицаніемъ самаго истцова права; смыслъ этой ссылки былъ таковъ: право и искъ истца уже уничтожены состоявшимися относительно нихъ актами: контестаціей и судебнымъ рѣшеніемъ. Потому отвѣтчику было достаточно предъ преторомъ (in iure) просто отрицать искъ своего противника и лишь предъ судьею (in iudicio) выяснить смыслъ такого отрицанія. Тотъ же порядокъ сохранился и въ формулярномъ судопроизводствѣ при разбирательствѣ по личнымъ цивильнымъ искамъ, какъ скоро оно происходило въ законномъ судѣ (iudicium legitimum, стр. 249). Напротивъ, разбирательство какого бы то ни было дѣла въ судѣ, основанномъ на преторской власти (iud. quod imperio continetur), не имѣло такой силы; однако сообщить ему эту силу было дѣломъ практической необходимости и преторъ сдѣлалъ это посредствомъ двухъ эксцепцій: e. rei in iudicium deductae — для воспроизведенія силы контестаціи и e. rei iudicatae — для воспроизведенія силы судебнаго рѣшенія. Такимъ образомъ, если два лица разобрались въ судѣ, основанномъ на преторской власти и потомъ истецъ вновь подымалъ тотъ же самый споръ, то его искъ встрѣчался съ одною изъ сказанныхъ эксцепцій [414];

2. преторъ сообщилъ юридическую силу обычаю оканчивать судебный споръ присягою одной изъ сторонъ (iusiurandum) [415]. Юридическое дѣйствіе присяги было подобно дѣйствію судебнаго рѣшенія, но оно не могло выражаться ipso iure относительно цивильныхъ исковъ и потому въ этой области преторъ выразилъ его чрезъ эксцепцію: e. iurisiurandi [416];

---

[414]) *Gai.* IV. 106. 107.
[415]) *Dig.* 12. 2.
[416]) *Inst.* 4. 13 § 4.

3. подобное же происхожденіе и дѣйствіе имѣло полюбовная сдѣлка тяжущихся (transactio)[417]) и въ соотвѣтствующихъ случаяхъ фигурировала e. transactionis;

4. истецъ можетъ, по усмотрѣнію своему, искать съ противника менѣе, чѣмъ долженъ этотъ послѣдній; но въ такомъ случаѣ объ остаткѣ онъ не долженъ подымать судебнаго спора въ теченіи той же самой претуры, иначе ему грозитъ e. litis dividuae. Точно такъ же, имѣя съ отвѣтчикомъ много исковъ, онъ можетъ вчинить къ нему только нѣкоторые изъ нихъ; но въ такомъ случаѣ въ теченіи той же претуры онъ долженъ воздержаться отъ предъявленія прочихъ исковъ подъ страхомъ встрѣтиться съ e. rei residuae. Обѣ эксцепціи выражали преторскую норму, которая имѣла въ виду обезпечить отвѣтчиковъ отъ излишнихъ безпокойствъ, происходящихъ отъ частыхъ процессовъ съ однимъ и тѣмъ же лицомъ [418]). Эксцепція указывала собственно на преждевременность иска, но, будучи однажды заявлена, лишала его силы навсегда; такая комбинація была сродни старому наказанію за plus petitio (стр. 161);

5. два преторскіе эдикта ограничили кругъ лицъ, которымъ дозволялось назначать когниторовъ или самимъ выступать въ качествѣ таковыхъ [419]). Эти эдикты ограничивали безусловную силу торжественной формулы, которою назначался когниторъ (стр. 312), и потому ихъ сила проявилась чрезъ эксцепцію. Если со стороны истца выступалъ когниторъ, вопреки постановленіямъ эдикта, то иску противопоставлялась e. cognitoria [420]), которая, какъ бы въ наказаніе за нарушеніе преторскаго эдикта, погашала предъявленный искъ навсегда.

Вообще каждая эксцепція, по какому бы поводу она ни предъявлялась, клонилась къ тому, чтобы навсегда погасить дѣйствіе иска и, стало быть, навсегда уничтожить истцово право.

---

417) *Dig.* 2. 15.
418) *Gai.* IV. 56. 122.
419) *Vat.* 323.
420) *Gai.* IV. 124.

Вторая группа.

§ 163. Вторая группа эксцепцій выражала собою вторженіе новыхъ *принциповъ* въ старое (строгое) цивильное право.

Мы видѣли, что цивильные иски подѣлились на двѣ части: на иски «по доброй совѣсти» и на иски «строгаго права»; мы знаемъ далѣе, что пришло время, когда принципы «доброй совѣсти» были приложены въ области строгаго права (§ 152). Теперь мы должны отмѣтить, что это перенесеніе новыхъ принциповъ въ старую область было совершено по преимуществу посредствомъ эксцепцій. Не во власти юристовъ было измѣнить сложившіяся представленія о томъ, при какихъ условіяхъ устанавливаются и прекращаются отношенія «строгаго» цивильнаго права; потому не въ ихъ власти было измѣнить интенцію формулъ строгаго права, хотя бы только такъ, чтобы вставить туда три слова: ex fida bona (стр. 353). Сила интенціи могла быть ослаблена въ настоящемъ случаѣ только чрезъ эксцепцію и вотъ возникли эксцепціи, которыя внесли въ старое цивильное право принципъ добросовѣстности, въ тѣхъ или другихъ его примѣненіяхъ.

Сюда относились:

1) e. doli (specialis), введенная, повидимому, Аквиліемъ Галломъ,—ссылка отвѣтчика на то, что въ сдѣлку (стипуляція, заемъ, литтеральный контрактъ), по которой съ него ищутъ, онъ вступилъ благодаря обману противной стороны;

2) e. quod metus causa, установленная преторомъ Октавіемъ (680 г. ?),—ссылка отвѣтчика на то, что въ сдѣлку, по которой предъявленъ къ нему искъ, онъ вступилъ вслѣдствіе принужденія, сдѣланнаго противникомъ;

3) эксцепція (имп. времени), которою отвѣтчикъ ссылался на то, что въ сдѣлку, по которой съ него ищутъ, онъ вступилъ вслѣдствіе какого-либо заблужденія, заслуживающаго извиненія (гл. XXI);

4) e. non numeratae pecuniae—ссылка отвѣтчика на то, что стипуляція, по которой съ него ищутъ опредѣленную сумму денегъ, не сопровождалась въ дѣйствительности никакимъ одолженіемъ со стороны кредитора. Эта эксцепція интересна въ томъ отношеніи, что состоитъ, можетъ быть, въ нѣкоторой связи съ первоначальною ролью стипуляціи, какъ роспи-

ски (говоря современнымъ языкомъ) въ полученіи занятой суммы. Кредиторъ давалъ должнику взаймы деньги и потомъ бралъ съ него стипуляціонное обѣщаніе, которое и обезпечивало ему ихъ возвратъ; но могло случиться, что по какимъ-либо причинамъ стипуляція была совершена, денегъ же должникъ не получилъ. Въ такомъ случаѣ онъ защищался противъ иска сказанною эксцепціею. Она подрывала безусловное значеніе стипуляціи, какъ формальнаго акта, и выставляла на первый планъ реальныя отношенія, скрытыя въ стипуляціи.—При заключеніи займа (mutuum) также могло случиться, что заемщикъ выдавалъ заимодавцу росписку до полученія денегъ и послѣ того заимодавецъ медлилъ передачей этихъ послѣднихъ; въ такомъ случаѣ должникъ не нуждался ни въ какой эксцепціи для своей защиты. Онъ просто отрицалъ предъявленный къ нему искъ по займу (condictio ex mutuo) на томъ основаніи, что самаго займа не было: заемъ, реальный контрактъ, заключался лишь чрезъ передачу и полученіе занятой суммы. Въ III вѣкѣ по Р. Х. имп. Каракалла (215 г.) примѣнилъ однако къ займу стипуляціонный порядокъ. Именно, если происходило вышеизложенное, то заемщикъ могъ отвѣчать на послѣдующій искъ своего кредитора эксцепціей (e. non numeratae pecuniae) или же, не дожидаясь иска, самъ вчинить таковой о возвращеніи выданной росписки (condictio cautionis), или наконецъ обезпечить себя въ формѣ особаго протеста (contestatio). Общее названіе всѣхъ этихъ средствъ было—querella non numeratae pecuniae;

5) e. pacti conventi (извѣстная въ Цицероново время и, можетъ быть, болѣе древняя, чѣмъ e. doli)—ссылка отвѣтчика на то, что сила сдѣлки, по которой ищутъ съ него, была впослѣдствіи отмѣнена или въ чемъ-либо измѣнена послѣдующимъ соглашеніемъ (pactum), не облеченнымъ впрочемъ ни въ какую торжественную форму;

6) e. rei venditae et traditae—ссылка отвѣтчика на то, что вещь, которую виндицируетъ истецъ, была продана и передана ему, отвѣтчику, самимъ же истцомъ (§ 148);

7) e. doli (generalis)—въ томъ общемъ смыслѣ, который ссылка на dolus пріобрѣла впослѣдствіи, когда подъ dolus стали

понимать вообще образъ дѣйствій, противоположный «справедливости» (гл. XX).

Съ развитіемъ эксцепцій какъ части судебныхъ формулъ «строгаго права» исчезло *существенное* отличіе этихъ формулъ отъ формулъ «по доброй совѣсти», и осталось лишь одно ихъ внѣшнее различіе: что въ одномъ случаѣ практиковалось благодаря эксцепціи, то въ другомъ примѣнялось помимо всякой эксцепціи. Юристы стали говорить, что при разбирательствѣ «по доброй совѣсти» эксцепція doli подразумѣвается сама собою [421]), будучи же внесена въ формулу строгаго права, она обращаетъ разбирательство по ней въ разбирательство «по доброй совѣсти» [422]). Потомъ строгая теоретическая граница, раздѣлявшая разбирательства обоихъ родовъ, начинаетъ стушевываться и юристы имперіи, помимо всякой эксцепціи, примѣняютъ часто въ разбирательствѣ по строгимъ искамъ тѣ начала, которыя выработались въ практикѣ исковъ по доброй совѣсти [423]). Въ III вѣкѣ по Р. Х. старый искъ о раздѣлѣ наслѣдственнаго имущества (a. familiae erciscundae) причисляется уже къ числу исковъ bonae fidei, при Юстиніанѣ то же происходитъ относительно иска о наслѣдствѣ (hereditatis petitio). Особыхъ практическихъ послѣдствій таковое перечисленіе изъ одной категоріи въ другую, понятно, уже не имѣло, такъ какъ гораздо раньше, помимо того, оба иска успѣли преобразоваться въ новомъ духѣ, насколько это требовалось ихъ назначеніемъ. Нѣсколько раньше, именно ко времени классической юриспруденціи, осуществилась довольно рѣшительная мѣра относительно стипуляціи и основаннаго на ней иска (a. ex stipulatu); именно въ стипуляцію, при самомъ ея совершеніи, стали вносить особую оговорку (clausula doli), которая обязывала должника вести себя «по доброй совѣсти» [424]). Въ преторскія стипуляціи (§ 144)

---

[421]) *Dig.* 24. 3 fr. 21... cum enim doli exceptio insit de dote actioni ut in ceteris bonae fidei iudiciis...; *Dig.* 2. 14 fr. 7 § 5.... solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis...

[422]) *Dig.* 39. 6 fr. 42 pr.; ср. *Cod.* 8. 36 fr. 3.

[423]) Подробности см. у *Voigt'a*, III, §§ 136 и 137.

[424]) *Dig.* 45. 1 fr. 121 pr.; 50. 16 fr. 69; 45. 1 fr. 53 и др.

оговорка вносилась обязательно, въ другихъ случаяхъ ея внесеніе было оставлено на усмотрѣніе сторонъ. Оговорка, внесенная въ стипуляцію, сообщала иску, основанному на ней, характеръ иска «по доброй совѣсти», однако, повидимому, не вполнѣ. Именно оговорка не обезпечивала равномѣрно обѣ стороны, но, какъ кажется, гарантировала лишь кредитора на случай недобросовѣстности должника, напр.: должникъ обѣщалъ кредитору дать извѣстный участокъ земли и потомъ, до передачи его, отяготилъ его сервитутами, или подвергнулъ опустошенію; или должникъ злонамѣренно уничтожилъ предметъ, обѣщанный имъ; или онъ воспользовался къ своей выгодѣ и ко вреду кредитора ошибкою этого послѣдняго и т. п. Другая оговорка, подобная только-что описанной, имѣла тотъ же характеръ. Должникъ обязывался по стипуляціи исполнить свое обязательство честно (recte), какъ тó укажетъ добрый мужъ, имѣющій судить по совѣсти (boni viri arbitratu), и тѣмъ гарантировалъ кредитора отъ всякаго вреда, который онъ могъ нанести ему при «строгомъ», формальномъ взглядѣ на ихъ взаимное отношеніе [425]).

§ 161. Рядомъ со второю группою надо назвать еще нѣкоторыя другія эксцепціи:

1) e. iusti dominii—ссылка отвѣтчика, квиритскаго собственника вещи, противопоставляемая имъ Публиціеву иску [426]). Происхожденіе этой эксцепціи мы представляемъ слѣдующимъ образомъ. Сначала Публиціевъ искъ назначался только для защиты «обладанія» (стр. 342) и дѣйствовалъ одинаково противъ всѣхъ лицъ. Потомъ тотъ же искъ примѣнили къ защитѣ вообще всякаго добросовѣстнаго владѣнія (bonae fidei possessio); въ этомъ случаѣ было бы несправедливо оставить беззащитнымъ отвѣтчика—квиритскаго собственника и для устраненія такой несправедливости формулировали названную эксцепцію. Она опиралась на «квиритское» право отвѣтчика, однако служила отступленіемъ отъ той «цивильной» теоріи (т. е. теоріи виндикаціи), на которой основывался и Публиціевъ искъ, бывшій подобіемъ виндикаціи;

---

425) *Dig.* 50. 16 fr. 71 § 1.
426) *Dig.* 6. 2 fr. 16.

2) e. legis Cinciae — ссылка отвѣтчика на Цинціевъ законъ (550?) о дареніяхъ; о характерѣ этой эксцепціи будетъ рѣчь дальше (гл. XVII);

3) e. legis Plaetoriae—ссылка отвѣтчика на Плеторіевъ законъ о лицахъ, недостигшихъ 25-лѣтняго возраста; объ этой эксцепціи мы тоже скажемъ въ другомъ мѣстѣ (§ 176).

Часто, если отвѣтчикъ почему-либо не воспользовался своею эксцепціею, онъ могъ по окончаніи процесса поправить дѣло исковымъ путемъ. Такъ, собственникъ, не сославшійся противъ Публиціева иска на e. iusti dominii, могъ предъявить къ противнику виндикацію; покупщикъ, который не воспользовался эксцепціею rei venditae et traditae, могъ искать съ противника убытки (но не самую вещь) посредствомъ иска по куплѣ-продажѣ (a. empti по случаю эвикціи купленной вещи) и т. п. Исковымъ путемъ можно было также предупредить появленіе эксцепціи; напр., не дожидаясь, чтобы былъ предъявленъ искъ по обязательству, установленному по принужденію, должникъ предъявляетъ къ своему кредитору actio quod metus causa для уничтоженія самаго обязательства; прежде чѣмъ съ должника взыщутъ по безденежной стипуляціи (стр. 382), онъ, посредствомъ кондикціи, требуетъ отъ кредитора возвращенія стипуляціоннаго документа. Такимъ образомъ отвѣтчикъ имѣетъ обыкновенно выборъ между двумя средствами защиты: эксцепціею и самостоятельнымъ искомъ. Это обстоятельство дало Ульпіану поводъ высказать въ видѣ общаго правила, что тотъ, кто имѣетъ искъ для защиты какихъ-либо своихъ правъ, долженъ имѣть для ихъ защиты и эксцепцію [427]) — правило, допускающее, однако, исключенія; такъ, напр., въ спорѣ о владѣніи отвѣтчикъ-собственникъ не можетъ ссылаться эксцепціею на свое право собственности. Точно такъ же и обратно не всегда эксцепція могла быть замѣнена искомъ, напр., въ спорѣ о собственности отвѣтчикъ-владѣлецъ, не предъявившій эксцепціи для возмѣщенія издержекъ, сдѣланныхъ имъ на вещь, не могъ потомъ отыскивать эти издержки исковымъ путемъ.

---

[427]) *Dig.* 50. 17 fr. 156 § 1: Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.

Дѣленіе эксцепцій.

§ 163. Процессъ постепеннаго развитія эксцепціи походилъ на процессъ постепеннаго развитія преторскихъ исковъ. Въ преторскій эдиктъ не вошли постановленія объ эксцепціяхъ, но онѣ были предусмотрѣны въ преторскомъ спискѣ формулъ (album); кромѣ того въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ преторъ могъ формулировать эксцепцію ad hoc, если находилъ это справедливымъ. Впослѣдствіи такое различіе выразилось въ терминологіи: эксцепціи перваго рода назывались exceptiones in ius, втораго рода — exceptiones in factum. Очевидно, что атрибуты «ius» и «factum» прилагались здѣсь къ характеристикѣ эксцепціи не въ томъ смыслѣ, какъ это дѣлалось относительно исковъ. Надо думать, что первоначально каждая эксцепція была формулирована in factum; потомъ для наиболѣе употребительныхъ эксцепцій образовалась общая теорія, извѣстная судьѣ, и тогда стала ограничиваться однимъ простымъ указаніемъ на родъ оправдывающаго обстоятельства, безъ подробнаго описанія его. — Кромѣ этого процесса генерализаціи, въ исторіи эксцепцій можно подмѣтить еще и другой процессъ. Нѣкоторыя нормы, которыя преторъ направилъ противъ стараго цивильнаго права, мало-по-малу стали настолько обычными, что было принято осуществлять ихъ не посредствомъ эксцепціи, но просто ipso iure. Слѣдъ подобнаго явленія показываетъ контраверза, которая существовала во время Гая [428]) по вопросу, уничтожается-ли обязательство, если должникъ, съ согласія кредитора, уплатитъ ему долгъ не тѣмъ, чѣмъ слѣдовало бы по первоначальному контракту. Въ старомъ правѣ такое исполненіе по обязательству (solutio) не почиталось удовлетворительнымъ. Преторъ защитилъ отвѣтчика посредствомъ эксцепціи, въ пользу чего и склоняется у Гая одна изъ спорящихъ сторонъ; потомъ же стали признавать, что въ настоящемъ случаѣ обязательство уничтожается само собою (ipso iure), безъ эксцепціи,—мнѣніе, поддержанное у Гая другою спорившею партіею.

Какъ иску (интенціи) противополагалась эксцепція, такъ и этой послѣдней, въ свою очередь, истецъ могъ противопо-

---

[428]) III. 168.

ставить свой отвѣтъ; часть формулы, которая содержала ссылку истца въ отвѣтъ на эксцепцію отвѣтчика, называлась репликой (replicatio). Реплика могла вызвать отвѣтчика на новое возраженіе или дуплику (duplicatio) и т. д. Одна и та же ссылка могла, смотря по положенію тяжущихся и по комбинаціи ихъ взаимныхъ притязаній, выражаться то эксцепціей, то дупликой и т. п. [429]).

Позднѣйшее значеніе.

§ 166. Исторія эксцепціи не ограничилась тѣмъ, что изложено на предшествующихъ страницахъ. Эксцепція, въ смыслѣ понятія строго-опредѣленнаго, просуществовала относительно недолгое время. Преторское право получало все бо́льшій и бо́льшій авторитетъ и его равноправность съ закономъ сознавалась юристами. Если это не мѣшало юристамъ повторять по привычкѣ затверженное ими старое ученіе объ особомъ юридическомъ значеніи эксцепціи, то, съ другой стороны, это ученіе потеряло для нихъ всякое живое значеніе и потому не могло служить мѣриломъ при пользованіи эксцепціей, какъ процессуальнымъ средствомъ; съ практической точки зрѣнія эксцепція стала не болѣе, какъ простая оговорка, вносимая въ формулу въ интересахъ отвѣтчика. Какъ мы видѣли, оговорки такого рода могли имѣть мѣсто вообще во всѣхъ формулахъ in factum. Такимъ образомъ случилось, что эксцепціей стали называть безразлично всѣ отрицательныя оговорки въ формулѣ. Эксцепціи, которыя были направлены противъ исковъ извѣстной категоріи, теперь прилагались противъ всѣхъ исковъ, какой бы то ни было категоріи; такъ произошло, напр., съ e. iuris iurandi [430]) и e. rei iudicatae [431]) и этому не мало должно было содѣйствовать то обстоятельство, что въ имперіи сгладилось различіе «законныхъ» судовъ и судовъ, основанныхъ на преторской власти. Эксцепціею стали называться такія оговорки, которыя не имѣли съ нею ничего общаго; такъ, этимъ именемъ называлась оговорка, ограничивавшая кондемнацію: «in id quod fa-

[429]) Примѣры формулъ съ репликой и дупликой см. у *Keller*'а, Der römische Civilprocess, § 37.

[430]) *Dig.* 12. 2 fr. 3 § 1.

[431]) *Dig.* 44. 2.

cere potest». «На самомъ дѣлѣ эта оговорка заключала въ себѣ «не отрицательное условіе иска, но простое ограниченіе кондемнаціи, подобное многимъ другимъ ограниченіямъ того же «рода, и на эксцепцію она была похожа только тѣмъ, что «не составляла обычной части формулы, но выражалась особо «въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ» (Келлеръ).—Самое интересное состояло впрочемъ въ томъ, что несмотря на упадокъ особаго юридическаго значенія эксцепціи, она не вышла изъ употребленія; напротивъ это послѣднее развивалось все больше и больше и проникало въ области, прежде для нея недоступныя. Въ этомъ своемъ назначеніи эксцепція не имѣла никакого самостоятельнаго юридическаго характера. Она была не что иное, какъ оговорка, указывающая судьѣ на обстоятельство, которое могло ускользнуть отъ его вниманія, но судебная оцѣнка котораго въ данномъ случаѣ казалась необходимою. Въ то время, когда право значительно усложнилось, когда географическая область юрисдикціи магистратовъ сдѣлалась довольно обширною, вслѣдствіе чего судья велъ разбирательство дѣла вдали отъ магистрата и не могъ безъ особенныхъ затрудненій обращаться къ нему за совѣтами, — когда, благодаря большому количеству процессовъ, подобныя справки могли бы черезчуръ отяготить самого магистрата,—и когда наконецъ вслѣдствіе запутанности юридическихъ теорій и развитія контраверзъ среди юристовъ, было не безопасно оставлять судью на произволъ юристовъ-совѣтчиковъ, — тогда оговорка различныхъ подробностей въ формулѣ представлялась весьма удобнымъ средствомъ для того, чтобы обезпечить магистрату проведеніе въ процессѣ его юридическихъ воззрѣній, облегчить судью и вывести стороны изъ неизвѣстности объ объективныхъ нормахъ, по которымъ будетъ разрѣшено ихъ дѣло. Оговорки въ формѣ условныхъ предложеній были пущены въ ходъ. По привычкѣ и вслѣдствіе упадка юридическаго значенія, эксцепція, реплика и другія оговорки были обозначены тѣми же именами; но очевидно, что въ своемъ новомъ приложеніи эти имена означали уже нѣчто иное, чѣмъ прежде.

Примѣры. § 167. Приведемъ нѣсколько примѣровъ. Когда кто-либо

поручалъ всѣ свои дѣла двумъ повѣреннымъ (procuratores omnium rerum), тогда по общему правилу не предполагалось, что эти повѣренные получали полномочіе взыскивать долги другъ съ друга [432]). Но могло случиться, что кто-нибудь, довѣряя взысканіе долговъ вообще одному изъ повѣренныхъ, В, взысканіе долговъ съ этого послѣдняго поручалъ его товарищу А. Очевидно, что оба эти полномочія представляли не иное что, какъ отдѣльные пункты юридической сдѣлки и не давали никакого матеріала для эксцепціи въ юридическомъ смыслѣ. Тѣмъ не менѣе юристъ выражалъ ихъ въ процессуальной формулѣ въ видѣ эксцепціи и реплики; противъ иска А, предъявленнаго къ В, этотъ послѣдній въ формѣ эксцепціи возражалъ: «взысканіе долговъ поручено мнѣ, а не тебѣ», на что А отвѣчалъ въ формѣ реплики: «но взысканіе долговъ съ тебя поручено мнѣ» [433]). Другой примѣръ. Actio pigneraticia contraria была назначена для того, чтобы защитить залогодержателя противъ мошенничества со стороны залогодателя [434]); очевидно, что согласно своему назначенію этотъ искъ былъ бы умѣстенъ и въ такомъ случаѣ, когда залогодержатель въ ожиданіи немедленной уплаты денегъ возвращалъ заложенную вещь должнику, послѣдній же, не платя денегъ, мошенническимъ образомъ скрывалъ вещь. Но юристъ допускаетъ здѣсь возможность ссылки отвѣтчика на то обстоятельство, что залогъ былъ возвращенъ (exceptio de pignore reddito), противъ чего, въ свою очередь, даетъ истцу replicatio doli [435]). Такимъ образомъ цѣль иска достигалась не непосредственно имъ самимъ, а лишь путемъ реплики, при чемъ юридическое основаніе послѣдней (dolus) было то же, какъ и юридическое основаніе иска (stellionatus). Или третій примѣръ. Actio institoria служила лицу, заключившему сдѣлку съ довѣреннымъ рабомъ, для взысканія должнаго съ хозяина раба. Очевидно, что въ случаѣ, когда хозяинъ раба преду-

---

[432]) *Dig.* 3. 3 fr. 47.

[433]) fr. 48.

[434]) *Dig.* 13. 7 fr. 1 § 2: tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit.

[435]) *Dig.* 13. 7 fr. 3.

вѣдомлялъ это лицо, что оно не должно вѣрить рабу, приставленному къ предпріятію, сдѣлка его съ рабомъ не заключала необходимой принадлежности ея — предварительнаго согласія на нее хозяина, а потому являлась недѣйствительною, а, слѣдовательно, и самый искъ былъ неумѣстнымъ. Тѣмъ не менѣе юристъ и въ этомъ случаѣ допускалъ actio institoria, а защиту хозяина формулировалъ въ эксцепціи: «si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet». Если же оказывалось, что хозяинъ, несмотря на прежнее несогласіе свое на сдѣлку, воспользовался выгодами, изъ нея проистекшими, и если онъ не возвратилъ этихъ выгодъ по принадлежности, то противъ его эксцепціи давалась replicatio doli и такимъ образомъ actio institoria получала осуществленіе [436]).

Нѣсколько интересныхъ примѣровъ мы находимъ въ области залоговыхъ отношеній. Предположимъ, что изъ двухъ сособственниковъ, А и В, одинъ изъ нихъ, А, заложилъ другому, В, свою часть изъ общей вещи; послѣ того А предъявляетъ къ В искъ о раздѣлѣ этой вещи (a. communi dividundo). За В признавалось въ такомъ случаѣ право отринуть искъ ссылкою на свое залоговое право и въ этихъ видахъ въ формулу вносилась эксцепція, которая гласила: «если притомъ не окажется, что спорная вещь заложена В» [437]).—Или, одна и та же вещь закладывалась собственникомъ послѣдовательно нѣсколькимъ лицамъ, потомъ же эта вещь попадала почему-либо во владѣніе перваго изъ залогопринимателей; второй залогоприниматель, опираясь на свое залоговое право, предъявляетъ къ владѣльцу соотвѣтствующій искъ (a. hypothecaria); но такъ какъ отвѣтчику, въ качествѣ перваго залогопринимателя, слѣдовало дать предпочтеніе предъ истцомъ, то въ судебную формулу вносилась эксцепція: «если спорная вещь не была заложена раньше отвѣтчику» [438]).—Если кто-либо закладывалъ свою вещь одновременно двумъ лицамъ и притомъ каждому вполнѣ (in solidum), то каждый изъ залогодержателей пользовался вполнѣ противъ третьихъ лицъ, которыя по-

[436]) *Dig*. 14. 3 fr. 17 § 4.
[437]) *Dig*. 10. 3. fr. 6 § 9.
[438]) *Dig*. 20. 4 fr. 12 pr.

сягали на владѣніе заложенною вещью, соотвѣтствующимъ искомъ (a. Serviana); если же споръ о владѣніи возникалъ между самими залогодержателями, то тотъ изъ нихъ, кто владѣлъ ею, могъ удержать ее за собою, если залоговымъ договоромъ было именно условлено, что владѣніе должно принадлежать ему. Ссылка его на договоръ осуществлялась посредствомъ эксцепціи [439]).

Общая черта приведенныхъ примѣровъ состоитъ въ томъ, что въ нихъ мы встрѣчаемся съ случаями, нѣсколько спеціальными, не подходившими подъ обыкновенный типъ, а потому способными возбудить въ судьѣ нѣкоторыя сомнѣнія, ради устраненія которыхъ и помѣщались въ формулѣ оговорки, въ видѣ эксцепціи и реплики. Во многихъ другихъ случаяхъ мы встрѣчаемъ то же самое. Понятно, что какъ скоро практика эксцепціи стала на этотъ путь, то эксцепція не могла уже связываться съ особымъ отношеніемъ преторскаго права къ цивильному, какъ то́ было прежде, но оказалась умѣстною во всѣхъ случаяхъ безъ различія. Вслѣдствіе того эксцепція проникла даже въ формулы bonae fidei и какъ тамъ, такъ и въ формулахъ «строгаго права» основывалась на обстоятельствахъ, по природѣ своей способныхъ дѣйствовать ipso iure. Интереснѣе всего, что иногда ссылка на одно и то же обстоятельство предоставлялась отвѣтчику, или въ видѣ простаго отрицанія иска, или же въ видѣ эксцепціи. Слѣдующій примѣръ пояснитъ это. Въ семидесятыхъ годахъ перваго столѣтія по Р. Х. былъ изданъ сенатусконсультъ (sc. Macedonianum), которымъ предписывалось *отказывать* въ искѣ [440]) заимодавцамъ, если заемъ былъ сдѣланъ еще во время состоянія заемщика подъ отцовскою властью. Какъ всегда относительно случаевъ, нѣсколько сложныхъ, возникало сомнѣніе, — подходятъ-ли они подъ точный смыслъ сенатусконсульта. Если преторъ разрѣшалъ этотъ вопросъ утвердительно,

---

[439]) *Dig*. 20. 1 fr. 10.

[440]) *Dig*. 14. 6 fr. 1 pr.: ....placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur . . . . ; ср.: denegandа est actio въ fr. 1 § 1, fr. 7 § 6, fr. 9 § 2.

то, чтобы не оставить въ сомнѣніи и судью, онъ включалъ въ формулу эксцепцію, съ ссылкою на сенатусконсультъ (e. sc. Macedoniani). Такая эксцепція по преимуществу упоминается именно въ случаяхъ, составляющихъ не столько непосредственное примѣненіе правила сенатусконсульта, сколько его аналогическое распространеніе. Такъ, эксцепція ограждала дѣйствіе сенатусконсульта, когда для его обхода была употреблена уловка, напр., былъ выставленъ подставной должникъ [441]), или когда существовали условія, прямо неуказанныя сенатскимъ постановленіемъ, напр., когда между заключеніемъ займа и предъявленіемъ иска совершился переходъ сына-должника изъ одной семьи въ другую [442]), или когда не одно и то же лицо принимало отъ него стипуляцію и давало деньги [443]), или когда было основаніе принять сына-заемщика за повѣреннаго его отца [444]), или же когда сынъ, по смерти отца, ошибочно новировалъ свой долгъ [445]).

Теорія и практика.

§ 168. Ко времени классической юриспруденціи вышеизложенное преобразованіе эксцепціи совершилось вполнѣ. Если оно не нашло себѣ никакого отголоска въ теоріи юристовъ, то такъ произошло потому, что новая фаза въ исторіи эксцепціи не нуждалась ни въ какой теоретической конструкціи. Теорія знала только первую фазу этой исторіи, когда эксцепція служила особымъ средствомъ для вторженія преторскаго права въ цивильную область. Здѣсь, какъ во многихъ другихъ случаяхъ, теорія римскихъ юристовъ не соотвѣтствовала практическому положенію дѣла, и юристы искали разрѣшеніе юридическихъ вопросовъ не въ теоріи, а въ непосредственномъ сознаніи практическихъ потребностей гражданскаго оборота. Повторяя старое ученіе объ эксцепціи, юристы сообщили ей на практикѣ совершенно новое направленіе, показывая такимъ образомъ примѣръ, какъ институты, выработанные консерватиз-

---

441) *Dig.* 14. 6 fr. 7 pr., cp. §1.
442) fr. 7 § 4.
443) fr. 7 §§ 7. 8.
444) fr. 7 § 11.
445) fr. 20.

момъ, могли превратиться въ самостоятельныя практическія средства, обогащая собою право. Лишь въ немногихъ отношеніяхъ эксцепція классической юриспруденціи сохраняла еще свою связь съ прошедшимъ. Въ качествѣ оговорки, которая вносилась въ судебную формулу, эксцепцію должно было заявлять непремѣнно предъ преторомъ (in iure); кто почему-либо не сдѣлалъ этого, тотъ терялъ свое право на эксцепцію. Этимъ правиломъ какъ бы поддерживался тотъ взглядъ, что эксцепція содержитъ въ себѣ ссылку на обстоятельство, чуждое тому отношенію, которое защищается искомъ (интенціей). Однако во время Гая [446]) отвѣтчику, позабывшему предъявить эксцепцію in iure, дозволялось ходатайствовать предъ преторомъ о возстановленіи его въ прежнихъ правахъ (restitutio in integrum) и преторъ удовлетворялъ такое ходатайство, если находилъ къ тому уважительныя причины; между юристами существовалъ впрочемъ споръ о томъ, слѣдуетъ-ли допускать сказанное ходатайство относительно такихъ эксцепцій, дѣйствіе которыхъ было ограничено временемъ (e. dilatoriae, въ противоположность e. peremptoriae). Въ 294 г. императорское постановленіе [447]) разъяснило, что эксцепція, не ограниченная временемъ, можетъ быть предъявлена во всякомъ положеніи процесса до судебнаго рѣшенія.

---

[446]) IV. 125.
[447]) *Cod.* 7. 50 l. 2; 8. 35 l. 8.

XVII.

Преобразованіе общественнаго строя и вліяніе этого преобразованія на право и на составъ гражданскаго общества.

I. Переходъ функцій родовой власти къ государству.

Причины. § 169. Переходъ отъ республики къ имперіи сопровождался преобразованіемъ всего общественнаго строя. Прежде всего слѣдуетъ отмѣтить паденіе родовыхъ связей. Войны ослабили составъ наиболѣе древнихъ и знаменитыхъ родовъ; экономическій индивидуализмъ и подвижность населенія, при громадномъ расширеніи самыхъ географическихъ границъ римской государственной территоріи, препятствовали образованію новыхъ родовъ и ослабляли тѣ родовыя связи, которыя еще существовали. Къ концу республики роды, разрозненные и малочисленные, составляли лишь слабый остатокъ старины, утопающій въ отношеніяхъ новаго происхожденія. Цитуемый Цицерономъ, юристъ VII вѣка Муцій Сцевола, опредѣляя родъ по его признакамъ, уже не счелъ за нужное упомянуть объ единствѣ происхожденія сородичей. По его опредѣленію, родичи суть тѣ, которые носятъ одно общее имя, произошли отъ свободнорожденныхъ, не считаютъ рабовъ въ числѣ своихъ предковъ и не умалены въ своей правоспособности (прим. 264). Затѣмъ и обычай носить общее родовое имя (nomen gentilicium) исчезаетъ; съ паденіемъ родовъ исчезалъ и контроль рода надъ своими членами. — Государственная власть могла только благопріятствовать такому историческому про-

цессу. Издавна государству, какъ военному союзу гражданъ, была враждебна родовая замкнутость и отдѣльность. Однако, содѣйствуя уничтоженію этой замкнутости и отдѣльности, государственная власть не уничтожала тѣмъ самымъ основнаго существа родоваго быта. Въ свое время родъ былъ средоточіемъ мирныхъ интересовъ общежитія, тогда какъ государство служило средоточіемъ его военныхъ интересовъ. Разрушая родъ, государственная власть приняла на себя регулированіе мирной стороны гражданской жизни. Въ концѣ концовъ такое регулированіе было необходимо въ виду самихъ военныхъ цѣлей, ибо военная сила народа зависѣла непосредственно отъ правильнаго хода въ его внутренней, мирной жизни. Отсюда объясняется постоянное стремленіе государственной власти пріобрѣсти тотъ контроль надъ отдѣльными гражданами, который когда-то принадлежалъ роду. Такъ возникла еще въ началѣ IV столѣтія государственная цензура нравовъ, такъ государственная власть овладѣла постепенно гражданскимъ правосудіемъ. Во второй половинѣ шестаго столѣтія рядъ законовъ (l. Atilia, l. Plaetoria, l. Furia testamentaria (571), l. Voconia (585), l. Cincia (550), изданныхъ народнымъ собраніемъ по трибамъ по предложенію народныхъ трибуновъ, положили почииъ государственному покровительству для слабыхъ (малолѣтнихъ и недостигшихъ 25-лѣтняго возраста) и юридическимъ ограниченіямъ дарственнаго распоряженія имуществомъ, какъ на случай смерти (отказы), такъ и при жизни (дареніе). Переходя къ государственной власти, контроль надъ дѣйствіями гражданъ становился изъ бытоваго правовымъ, т. е. изъ неорганизованнаго организованнымъ. Для его осуществленія появились теперь особые органы и былъ установленъ особый порядокъ. Это сообщило ему опредѣленность и нѣкоторую рѣзкость, но это же ограничило его вліяніе на свободу лица. Такимъ образомъ развитіе государственнаго контроля на счетъ родоваго, права — на счетъ нравовъ, благопріятствовало индивидуализму. Какъ нынѣ индивидуализмъ и свобода выигрываютъ отъ преобразованія «полицейскаго» государства въ «правовое», такъ въ древности они выигрывали отъ преобразованія общинно-родоваго быта

въ государственный, хотя этотъ послѣдній отличался полицейскимъ характеромъ; но «полицейское» государство было выгоднѣе для дѣла индивидуализма и свободы, нежели общинно-родовой бытъ.

Прослѣдимъ этотъ процессъ въ исторіи даренія и завѣщанія.

Исторія дареній и наслѣдованія.

Дареніе.

§ 170. До сихъ поръ намъ не приходилось еще говорить о дареніи [148]). Юридическая исторія этого института начинается съ Цинціева закона (550 г.) и нѣтъ никакихъ прямыхъ указаній на его состояніе въ болѣе раннее время. Однако врядъ-ли дарственныя сдѣлки въ Римѣ, по своему первоначальному характеру, отличались существенно отъ тѣхъ же сдѣлокъ въ другихъ мѣстахъ. Сначала даръ былъ *передачею* какой - либо вещи, — передачею, которая дѣлалась дарителемъ вслѣдствіе ожиданія *полученія* отъ одареннаго какого-нибудь дара или одолженія. Другими словами, даръ былъ отплатою за какой-нибудь другой даръ или одолженіе; или же даръ самъ вызывалъ одаренное лицо на отвѣтный даръ или одолженіе. Такимъ образомъ даръ не былъ, какъ позднѣе, сдѣлкою безвозмездною, да и вообще безвозмездныя сдѣлки не существовали въ древнѣйшемъ правѣ. Безвозмезднымъ нельзя назвать и древнѣйшее завѣщаніе, потому что оно не столько отчуждало имѣніе одного лица (завѣщателя) другому лицу (наслѣднику), сколько регулировало, сообразно условіямъ каждаго отдѣльнаго случая, тотъ порядокъ наслѣдованія, при которомъ наслѣдникъ, уже при жизни завѣщателя, смотрѣлъ на себя, какъ на сообладателя этого послѣдняго, и при которомъ не столько личный произволъ завѣщателя, сколько мнѣніе всего рода или общины указывало наилучшій способъ распредѣленія наслѣдственнаго имущества. Наслѣдуя завѣщателю, наслѣдникъ вступалъ въ обладаніе имуществомъ, на которое и прежде того онъ смотрѣлъ какъ на свое. По-

[148]) *Fragmenta iuris romani Vaticana*, §§ 260 и слѣд. (см. въ изд. *Huschke*, Iurisprudentia anteiustiniana); *Dig.* 39. 5; *Cod.* 8. 53; 8. 54; 8. 55; *Inst.* 2. 7.

тому надо сказать, что завѣщаніе не вело къ отчужденію, въ строгомъ смыслѣ этого слова, и точно такъ же полученіе по завѣщанію не было въ такомъ же смыслѣ пріобрѣтеніемъ; но гдѣ нѣтъ ни отчужденія, ни пріобрѣтенія, тамъ нечего говорить о возмездности или безвозмездности сдѣлки.—Напротивъ съ самаго начала дареніе составляло отчужденіе, и притомъ отчужденіе возмездное. Подобно завѣщанію оно состояло подъ строгимъ контролемъ общественнаго мнѣнія и потому не было произвольнымъ актомъ. Обычай и приличія опредѣляли, въ какихъ случаяхъ, кто и что̀ долженъ дарить и чѣмъ слѣдуетъ отвѣчать на полученный даръ. Даритель, не получившій за свой даръ надлежащей отплаты, имѣлъ право потребовать его обратно и, можетъ быть, даже долженъ былъ сдѣлать это въ виду семейно-родоваго характера своего имущества. Что такое право обратнаго требованія существовало въ дѣйствительности, мы заключаемъ по его позднѣйшимъ остаткамъ. Именно въ императорское время и юристы [449]), и императоры [450]) признавали за дарителемъ право на отзывъ (посредствомъ личнаго иска) дара въ случаѣ неблагодарности одареннаго. Юстиніанъ считалъ за выраженіе неблагодарности: тяжкую обиду, нанесенную дарителю, оскорбленіе его дѣйствіемъ, умышленное причиненіе ущерба его имуществу или опасности его жизни. Первоначальная обязанность отплатить за даръ превратилась, такимъ образомъ, въ болѣе отвлеченную обязанность—сохранить уваженіе къ личности дарителя. Напротивъ даръ, который самъ составлялъ отплату за какое-нибудь одолженіе (т. н. donatio remunerandi causa), не подлежалъ, по мнѣнію юристовъ имперіи, никакому отзыву со стороны дарителя (donatio inrevocabilis), напр., даръ въ благодарность за освобожденіе изъ рукъ разбойниковъ или враговъ [451]), или въ благодарность за судебную защиту, за поручительство, за содѣйствіе въ дѣлахъ [452]). Впрочемъ юридически дареніе представлялось уже какъ сдѣлка безвозмезд-

[449]) *Dig.* 39. 5. fr. 31 § 1.
[450]) *Cod.* 8. 55 l. 7. 9. 10 (349 г., 426 г., 530 г.).
[451]) *Dig.* 39. 5 fr. 34 § 1.
[452]) *Dig.* 39. 5 fr. 19 § 1.

ная и на обязательство отплатить за полученный даръ юристы смотрѣли только, какъ на нравственную обязанность; по мнѣнію Ульпіана, кто дарилъ, тотъ все равно что растрачивалъ свое имѣніе, хотя бы своимъ подаркомъ онъ нравствено (naturaliter) обязывалъ одареннаго къ отплатѣ; и наоборотъ, кто получалъ даръ, хотя бы только въ отплату за свой даръ, тотъ обогащался въ размѣрѣ полученнаго [433]. Правда, Ульпіанъ называетъ случай дара за даръ какъ бы мѣною, но, при его взглядѣ на послѣдствія этого случая, такое сравненіе не имѣетъ юридическаго значенія и интересно только, какъ воспоминаніе о первоначальномъ характерѣ даренія. Кто хотѣлъ обусловить свой даръ какою-либо отплатою (въ свою ли пользу, или въ пользу третьяго лица) со стороны принявшаго даръ, тотъ долженъ былъ внести свое условіе въ самую сдѣлку: «дарю тебѣ то - то, *если* ты сдѣлаешь то-то»; несоблюденіе условія вело къ отзыву дара. При другомъ способѣ—donatio sub modo («дарю тебѣ, *съ тѣмъ чтобы* ты сдѣлалъ то-то»), — способѣ, разработанномъ главнымъ образомъ императорскими постановленіями второй половины III-го вѣка по Р. Х., даритель могъ потребовать отъ принявшаго даръ, въ случаѣ неисполненія имъ обязательства, или исполненія этого послѣдняго (a. praescriptis verbis), или возвращеніе самаго дара (condictio ob causam datorum). Итакъ, въ противоположность первоначальному воззрѣнію, юристы имперіи видѣли въ дареніи безвозмездное отчужденіе имущества, т. е., такое, которое не налагаетъ на пріобрѣтателя юридической обязанности возмѣстить отчуждающаго имущественнымъ же образомъ. Уже тогда, когда съ паденіемъ родовыхъ связей и ослабленіемъ контроля родовыхъ властей, съ развитіемъ индивидуализма и расширеніемъ свободы распоряженія имуществомъ, основаніемъ даренія стало все больше и больше не поддающееся какому - либо точному опредѣленію, чувство расположенія дарителя къ одаренному, — уже тогда подготовилось преобразованіе даренія въ безвозмездную сдѣлку, завершившись окончательно, какъ скоро дареніе стало предме-

---

[433]) *Dig.* 5. 3 fr. 25 § 11.

томъ юридической регламентаціи. Но если такимъ образомъ юридическая регламентація нарушила первоначальный характеръ института, то, съ другой стороны, она пыталась сохранить его древнѣйшія черты, ограничивая свободу даренія. Еще въ 286 и 355 гг. по Р. Х. императоры признавали, что дареніе можетъ быть отозвано вполнѣ или отчасти, какъ скоро, послѣ его совершенія, у дарителя родятся дѣти [454]); разумѣется такой отзывъ не составлялъ нововведенія императорскаго законодательства, которое въ данномъ случаѣ могло лишь воспроизводить въ той или другой степени старый порядокъ вещей. Въ 550 г. отъ основанія Рима Цинціевъ законъ (l. Cincia) воспретилъ даренія свыше извѣстной суммы, за исключеніемъ лишь тѣхъ случаевъ, когда одарялись ближайшіе родственники или свойственики, или подарокъ дѣлался опекуномъ-опекаемому, вольноотпущенникомъ—патрону. Повидимому, Цинціевъ законъ принадлежалъ къ числу leges imperfectae, т. е. онъ не каралъ недѣйствительностью сдѣлки, которыя совершались вопреки его запрещенію. Сначала одного вѣсскаго слова законодателя казалось достаточно для того, чтобы остановить неправильное направленіе, принятое дарственными сдѣлками. Потомъ нарушенія закона вошли въ обычай и у юристовъ возникла мысль сообщить законодательному запрещенію болѣе дѣйствительную силу, чѣмъ оно имѣло. Въ судебныхъ спорахъ по дарственнымъ сдѣлкамъ юристы и преторъ дозволили заинтересованной сторонѣ ссылаться на то обстоятельство, что сдѣлка была совершена вопреки Цинціеву закону; такая сдѣлка облекалась, смотря по положенію спора, въ форму эксцепціи или репликаціи. Для поясненія этой практики лучше всего обратиться къ отдѣльнымъ случаямъ. Назовемъ А — дарителя, и В — получающаго даръ. Первый случай: А обѣщалъ (стипуляція) В подарить что-либо; В предъявляетъ къ А искъ по стипуляціи, А устраняетъ искъ посредствомъ ссылки на Цинціевъ законъ (exceptio legis Cinciae). Второй случай: А подарилъ В манципаціонную вещь (res mancipi) и передалъ ее ему посредствомъ про-

Lex Cincia.

[454]) *Cod.* 3. 29 l. 5; 8. 55 l. 8.

стой традиціи, стало-быть, сохранилъ у себя на время «голое право квиритской собственности»; на основаніи этого права онъ виндицируетъ вещь отъ B, который отвѣчаетъ ссылкою на то, что вещь передана ему самимъ же истцомъ (e. doli?), на что слѣдуетъ реплика A съ ссылкою на Цинціевъ законъ (replicatio legis Cinciae). Третій случай: A передалъ B подаренную вещь mancipi посредствомъ манципаціи, но владѣніе вещью почему-либо сохранилъ у себя; тогда на виндикацію B, A отвѣчаетъ чрезъ e. legis Cinciae. Четвертый случай: A передалъ B и право собственности на подаренную вещь, и владѣніе ею; спустя нѣкоторое время A начинаетъ съ B споръ о владѣніи вещью. По правиламъ о владѣніи, при спорѣ о владѣніи движимою вещью, она присуждается тому, кто въ теченіи послѣдняго года провладѣлъ ею относительно бо̀льшее количество времени. Стало-быть, въ данномъ случаѣ, если подарена была движимая вещь и если B не успѣлъ еще провладѣть ею больше, чѣмъ провладѣлъ A, то владѣніе вещью возвратится къ A, и тогда положеніе A подойдетъ подъ условія третьяго, описаннаго нами случая.—Цинціевъ законъ прилагался въ такомъ видѣ до IV столѣтія по Р. Х. Начиная съ этого времени, императорскія постановленія (317 г., 428 г., 478 г., 529 г., 531 г.) ограничиваютъ государственный контроль надъ дареніями тѣмъ, что предписываютъ, — сначала всѣ даренія, а потомъ (Юстин.) даренія свыше извѣстной суммы, совершать не иначе, какъ съ предъявленіемъ ихъ суду для засвидѣтельствованія (insinuatio). Вмѣстѣ съ тѣмъ установился взглядъ на дареніе, какъ на консенсуальный договоръ (pactum), т. е. юридическую силу имѣло простое соглашеніе двухъ сторонъ о дареніи, если только въ надлежащихъ случаяхъ оно предъявлялось суду для установленнаго засвидѣтельствованія. Но, разумѣется, многія другія сдѣлки могли также выражать дареніе, какъ скоро онѣ служили для отчужденія безвозмезднаго, произвольнаго и сдѣланнаго изъ расположенія къ пріобрѣтателю (animus donandi): передача какого-либо вещнаго права, переводъ права по обязательству, прощеніе долга, уплата долга за другаго и т. п.

Завѣщаніе.

§ 171. Упорнѣе, нежели съ произволомъ дарителей, законодательство конца республики и имперіи боролось съ произволомъ завѣщателей и въ этой послѣдней области достигло относительно большихъ успѣховъ [455]). По мѣрѣ распаденія родовыхъ связей завѣщаніе, подобно даренію, измѣняло свой характеръ; завѣщатель все больше и больше смотрѣлъ на завѣщаемое имущество, какъ на *свое* имущество, и въ своихъ распоряженіяхъ руководился чувствами личнаго расположенія къ тѣмъ, кого назначалъ наслѣдниками или кому оставлялъ отказы (легаты). Паденіе авторитета «свидѣтелей» (testes) и тайна, которою стало облекаться завѣщаніе (§ 53 i. f.), устранили послѣднее, что могло стѣснять завѣщателя при самомъ составленіи его распоряженій. Извѣстное правило XII таблицъ, по которому завѣщаніе должно примѣняться согласно дѣйствительному ихъ смыслу (стр. 145), теперь стало вмѣстѣ съ тѣмъ и санкціей неограниченнаго произвола завѣщателей, въ особенности, что касалось до назначенія отказовъ [456]). Юристы не хотѣли или не считали себя въ правѣ выступить противъ законодательнаго опредѣленія, смыслъ котораго казался не подлежавшимъ сомнѣнію. Защиту родовыхъ интересовъ принялъ на себя законодатель. Вскорѣ послѣ Цинціева закона (550 г.) былъ изданъ Фуріевъ законъ о завѣщаніяхъ (l. Furia testamentaria, 571 г.?); онъ запретилъ отказы на сумму свыше 1000 ассовъ одному лицу, сдѣлавъ, подобно Цинціеву закону, исключеніе въ пользу ближайшихъ родственниковъ завѣщателя [457]); отказъ, сдѣланный вопреки Фуріеву закону, сохранялъ юридическую силу, но принявшій такой отказъ принуждался посредствомъ

Lex Furia.

---

[455]) *Leist*, Das praetorische Erbsystem, 1873.—*Franz Schröder*, Das Notherbenrecht, 1877; *Боголѣповъ*, Формальныя ограниченія свободы завѣщанія въ римской классической юриспруденціи, 1881; *Leist*, De bonorum possessione contra tabulas (въ Ausführliche Erläuterung der Pandekten, III, 1875, стр. 80—200; *Schultzestein*, Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht, 1878, стр. 16—28; *Voigt*, III, §§ 151—155.

[456]) *Gai*. II. 224; *Dig*. 50. 16 fr. 120.

[457]) *Gai*. II. 225.

судопроизводства чрезъ наложенie руки (l. a. per manus iniectionem) къ возвращенiю излишне взятаго [458]). По объясненiю Гая, Фурiевъ законъ не оградилъ интересовъ наслѣдниковъ, потому что завѣщатель все-таки могъ оставить ихъ ни съ чѣмъ, если распредѣлялъ все свое имущество на многiе легаты, въ каждомъ не болѣе тысячи ассовъ. Въ 585 г. былъ изданъ Воконiевъ законъ (l. Voconia), которымъ предписывалось не отказывать одному лицу болѣе того, что оставляется самому наслѣднику; но при назначенiи большаго числа отказовъ наслѣдникъ не имѣлъ особой выгоды и отъ этого закона [459]). Надо думать однако, что въ послѣднiе вѣка республики еще держался старый обычай назначать наслѣдниками (heredes) по завѣщанiю тѣхъ же лицъ, которыя были наслѣдниками по закону, и произволъ завѣщателей сказывался лишь въ безмѣрномъ отягощенiи наслѣдниковъ отказами. Вотъ почему законодатель сказаннаго времени довольствовался одними ограниченiями свободы отказовъ. Относительно назначенiя наслѣдниковъ дѣйствовали два старыя правила (§ 54); по одному изъ нихъ, появленiе постума на свѣтъ отмѣняло завѣщанiе, по другому — завѣщанiе было недѣйствительно, какъ скоро въ отдѣлѣ назначенiя наслѣдниковъ вовсе не упоминались, въ томъ или другомъ смыслѣ, наслѣдники по нисходящей (sui heredes). Юриспруденцiя сохранила первое изъ этихъ правилъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ открыла завѣщателю возможность въ нѣкоторыхъ случаяхъ упомянуть постума въ завѣщанiи (т. е. назначать наслѣдникомъ или лишить наслѣдства) и такимъ образомъ отклонить отъ завѣщанiя примѣненiе самаго правила. Первая попытка въ этомъ направленiи состояла, какъ кажется, въ томъ, что дозволили упоминать тѣхъ постумовъ, которые родятся *послѣ смерти завѣщателя,* но относительно которыхъ уже во время составленiя завѣщанiя было извѣстно, что они, если родятся, то прямо вступятъ въ положенiе «своихъ» наслѣдниковъ, напр., дѣти завѣщателя, или внукъ отъ сына, который не

Lex Voconia.

Формальныя ограниченiя.

458) *Gai.* IV. 23.
459) *Gai.* II. 226.

былъ въ живыхъ уже во время составленія завѣщанія. Вторая попытка въ томъ же направленіи принадлежала современнику Цицерона, юристу Аквилію Галлу (postumi Aquiliani, стр. 263). Какъ мы знаемъ, онъ составилъ формулу, благодаря которой завѣщатель, предвидя возможность смерти своего сына, оставлялъ наслѣдство своимъ внукамъ, которые могли родиться *послѣ смерти завѣщателя* и не далѣе, какъ чрезъ десять мѣсяцевъ послѣ смерти своего отца. Дальнѣйшія нововведенія въ томъ же направленіи произошли уже въ VIII столѣтіи съ изданіемъ Веллеева закона (§ 173). Такимъ образомъ подрывалось значеніе одного изъ «формальныхъ» ограниченій свободы завѣщаній и контроль сосредоточивался на другомъ ограниченіи: по прежнему завѣщатель, подъ страхомъ полной или относительной недѣйствительности завѣщанія, долженъ былъ *упомянуть* въ немъ о своихъ законныхъ наслѣдникахъ по нисходящей линіи.

Когнаты какъ наслѣдники

§ 172. Во время Цицерона обнаружилось новое движеніе въ исторіи наслѣдственнаго права,—движеніе, которому предстояло принести важные результаты. Съ переходомъ въ руки государственной (судебной) власти контроля надъ дареніемъ и завѣщаніями измѣнялся не только характеръ этого контроля (стр. 395 сл.), но и самое направленіе его. Продолжая дѣло родоваго строя, государство по своему понимало его задачи. Родъ основывался какъ на родственный связи, такъ въ особенности на территоріальномъ общеніи своихъ членовъ, точно такъ же, какъ основаніемъ семьи была принадлежность ея членовъ къ одному дому. Но поддержаніе такой связи противорѣчило интересамъ государства, потому что именно въ ней крылся корень замкнутости и исключительности родовыхъ и семейныхъ союзовъ. Государство выдѣлило изъ всей совокупности родовыхъ и семейныхъ связей связи родственныя и сдѣлало ихъ предметомъ своей защиты: гдѣ прежде родъ защищалъ интересы родичей и агнатовъ, тамъ государство защищало интересы родственниковъ и этимъ непосредственно содѣйствовало разрушенію родовыхъ и семейныхъ связей въ ихъ прежнемъ видѣ. Мы видѣли, какъ свобода дареній была ограничена въ пользу родственниковъ (Цинціевъ законъ), какъ

подобное же произошло при первой попыткѣ ограничить свободу отказовъ (Фуріевъ законъ); мы увидимъ далѣе, какъ «дѣти» (liberi) заняли въ порядкѣ наслѣдованія мѣсто «своихъ» (sui). При общемъ разлагающемъ вліяніи, которое оказывала на роды и агнатство вся общественная жизнь, родство по крови или когнатство (cognatio), помимо всякихъ другихъ соображеній, представлялось для государства, при развившемся индивидуализмѣ, единственнымъ прочнымъ основаніемъ для регулированія наслѣдственныхъ отношеній. Въ этомъ направленіи совершилась реформа порядка наслѣдованія по закону (ab intestato), которую началъ преторъ и окончилъ только Юстиніанъ [460]). Постепенно, шагъ за шагомъ, начало когнатства было введено въ этотъ порядокъ взамѣнъ прежнихъ его основаній. Для этой цѣли преторъ воспользовался институтомъ «владѣнія наслѣдниковъ» (bonorum possessio), распространивъ его за предѣлы первоначальнаго примѣненія. Какъ мы знаемъ, первоначально владѣніе наслѣдствомъ давалось при извѣстныхъ условіяхъ лицамъ, которыя, по цивильному праву, вообще принадлежали къ числу наслѣдниковъ и которыя были бы ими въ данномъ случаѣ, если бы не существовали наслѣдники, ближайшіе къ умершему (стр. 347 сл.). Теперь преторъ возымѣлъ намѣреніе предоставить «владѣніе» наслѣдствомъ такимъ лицамъ, которыя не имѣли на него никакого цивильнаго права. Для этой цѣли, уже во время Цицерона, въ эдиктѣ существовало постановленіе, которое помѣщалось, повидимому, вслѣдъ за двумя приведенными нами выше (примѣч. 390) и гласило, примѣрно, слѣдующее: «когда кто-либо будетъ просить владѣніе наслѣдствомъ, не опираясь ни на завѣщаніе, ни на законъ, то я дамъ ему это владѣніе, если найду къ тому справедливое основаніе» [461]). Первый толчокъ къ такому развитію преторскаго наслѣдственнаго права былъ данъ, надо думать, взаимодѣйствіемъ слѣдующихъ об-

---

[460]) *Gai.* III. 25—31; *Dig.* 38. 6—17; *Cod.* 6. 14—18; 55 — 61; *Inst.* III. 1—6.

[461]) Cum hereditatis sine testamento aut sine lege petetur possessio, si qua mihi iusta (или: aequitatis) causa videbitur esse, possessionem dabo; см. у *Leist*'a, стр. 76.

стоятельствъ. Съ одной стороны, по мѣрѣ разложенія родовъ, паденія семейной обособленности и постепеннаго развитія индивидуальности падало значеніе связей по принадлежности къ роду и по агнатству и взамѣнъ того возвышалось значеніе простаго родства по крови, безъ различія родства по мужской и женской линіи. Среди лицъ, близкихъ къ наслѣдодателю, образовывалась группа родственниковъ по крови, которые, не будучи его агнатами или сородичами, устранялись отъ наслѣдованія, но тѣмъ не менѣе, сознавая свою близость къ умершему, стремились занять то или другое мѣсто среди его наслѣдниковъ. Съ другой стороны, обычная обстановка наслѣдованія, какъ она складывалась въ послѣдніе вѣка республики, должна была указать имъ искомое мѣсто. По цивильному праву, въ томъ случаѣ, когда при отсутствіи завѣщанія не было на лицо «своихъ» наслѣдниковъ, къ наслѣдованію призывался *ближайшій* агнатъ; если по какимъ - либо причинамъ этотъ послѣдній не вступалъ въ наслѣдство, то оно переходило не къ слѣдующимъ, по близости къ умершему, агнатамъ, но къ роду, какъ юридическому цѣлому. Преемственность степеней (successio graduum) не была извѣстна въ цивильномъ правѣ, точно такъ же, какъ преемственность классовъ. Между тѣмъ, по мѣрѣ рѣшительнаго распаденія общинно - родовой связи, становилось все труднѣе и труднѣе найти въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ единый, нераздѣльный родъ, предполагавшійся въ XII таблицахъ. Наслѣдство рисковало остаться вовсе безъ наслѣдниковъ, если «ближайшій» агнатъ не принималъ его: дальнѣйшіе агнаты не призывались къ наслѣдованію и призывъ ихъ не входилъ въ виды претора; вмѣсто же рода претендентами на наслѣдство выступали отдѣльные родичи, не связанные тѣсно общими интересами и своими взаимными пререканіями лишь затруднявшіе регулированіе наслѣдственныхъ отношеній. Представлялось удобнымъ создать новый, такъ сказать, запасный классъ наслѣдниковъ, который призывался бы къ наслѣдованію, какъ скоро не-кого было призвать вслѣдъ за «ближайшимъ» агнатомъ. Въ родственникахъ по крови, когнатахъ, обнаружился элементъ, благопріятный для образованія такого класса, тѣмъ болѣе что въ числѣ когнатовъ

каждый разъ могли быть и агнаты, обойденные цивильнымъ правомъ, и сородичи. Отъ времени Цицерона до насъ сохранился впрочемъ только случай, гдѣ наслѣдникомъ явился племянникъ наслѣдодателя, сынъ его сестры [462]). Позднѣе классъ когнатовъ (bonorum possessio unde cognati) занялъ въ порядкѣ наслѣдованія прямо то мѣсто, которое въ древнемъ порядкѣ принадлежало роду; послѣ «своихъ» и «агнатовъ» къ наслѣдованію призывались когнаты. Призывъ происходилъ въ порядкѣ степеней родства, т. е. сначала призывались когнаты ближайшей степени, потомъ слѣдующіе за ними и т. д. до шестой степени включительно [463]). Такимъ образомъ появилась преемственность степеней (successio graduum).—Итакъ, первое рѣшительное нововведеніе въ порядкѣ наслѣдованія безъ завѣщанія (по закону) состояло въ образованіи новаго класса наслѣдниковъ — когнатовъ, который вскорѣ занялъ мѣсто, принадлежавшее прежде роду.

Querela inofficiosi testamenti.

§ 173. Рядомъ съ этимъ начались важныя нововведенія въ порядкѣ наслѣдованія по завѣщанію. «Формальныя» ограниченія, равно какъ правила объ отказахъ, удовлетворяли своему назначенію лишь до тѣхъ поръ, пока завѣщатели оставляли наслѣдство своимъ ближайшимъ наслѣдникамъ, устраняя только недостойныхъ. Но когда, въ связи съ общимъ распаденіемъ добрыхъ семейныхъ нравовъ, произволъ проникъ и въ эту область, тогда потребовались болѣе серьозныя мѣры для огражденія интересовъ ближайшихъ родственниковъ завѣщателя. Третье постановленіе эдикта о «владѣніи» наслѣдствомъ (стр. 404) могло служить и для достиженія этой послѣдней цѣли. При преторѣ Пизонѣ (консулъ 687 ?) одинъ сынъ, обладавшій самостоятельнымъ положеніемъ (sui iuris), въ своемъ завѣщаніи лишилъ наслѣдства своего отца. Когда дѣло дошло до претора, то онъ отказалъ во владѣніи наслѣдствомъ лицу, которое было указано въ завѣщаніи, и далъ это владѣніе отцу завѣщателя. Такимъ образомъ, повидимому, уже во время Цицерона стало практиковаться, что ближайшіе род-

---

462) Pro Cluentio, 60. 165.
463) Искл. *Dig.* 38. 8 fr. 1 § 3.

ственники умершаго, обойденные въ его завѣщаніи, или прямо лишенные наслѣдства, или же, наконецъ, получившіе по завѣщанію слишкомъ мало сравнительно съ тѣмъ, что они должны были бы получить по закону, обращались съ жалобою (querela inofficiosi testamenti) въ судъ центумвировъ (прим. 167), ходатайствуя предъ нимъ объ отмѣнѣ такого «обиднаго» завѣщанія [464]). Какъ мы знаемъ, суду центумвировъ вообще подлежалъ разборъ споровъ по завѣщаніямъ, при чемъ формулу составлялъ преторъ въ порядкѣ сакраментальнаго судопроизводства (l. a. sacramenti). Если судъ находилъ жалобу на обидное завѣщаніе основательною, то предполагалъ, что завѣщатель составилъ его въ нездравомъ умѣ [465]), и отмѣнялъ завѣщаніе, или во всемъ его составѣ, или же только относительно распоряженій, которыя касались обиженныхъ и жаловавшихся лицъ. Такимъ образомъ утверждалось то новое правило, что завѣщатель непремѣнно долженъ оставить нѣкоторую долю своего имущества тѣмъ или другимъ изъ числа своихъ законныхъ наслѣдниковъ, иначе отмѣнялось самое завѣщаніе. Вопросы: кто изъ наслѣдниковъ - родственниковъ имѣлъ право на сказанную жалобу, полученіемъ какой именно доли онъ долженъ былъ бы ограничиться и не приносить жалобы, въ какихъ именно случаяхъ онъ обязанъ былъ считать себя справедливо устраненнымъ отъ наслѣдованія, — всѣ эти вопросы рѣшала, смотря по обстоятельствамъ каждаго дѣла, коллегія центумвировъ и, повидимому, по большинству голосовъ.—Реформы слѣдовали одна за другою. Въ 714 году была принята рѣшительная мѣра относительно свободы отказовъ. Изданный въ этомъ году Фальцидіевъ законъ (l. Falcidia) [466]), отмѣнилъ дѣйствіе Фуріева и Вокoніева законовъ и по-

Lex Falcidia.

---

[464]) *Dig.* 5. 2; *Cod.* 3. 28; *Inst.* 2. 18; *Nov.* 115.

[465]) Подобная фикція вообще была въ употребленіи, какъ показываетъ слѣдующее извѣстіе. Въ 653 году матереубійца Публицій Маллеолъ составилъ послѣ своего преступленія завѣщаніе; наслѣдники по закону требовали уничтоженія этого завѣщанія, утверждая, что матереубійца есть какъ бы безумный (quasi-furiosus), см. у *Voigt*'а, III, стр. 305.

[466]) *Gai.* II. 227; *Dig* 35. 2; *Inst.* 2. 22.

становилъ, что наслѣднику по завѣщанію должно оставаться во всякомъ случаѣ не менѣе одной четверти всего состоянія завѣщателя; подъ состояніемъ же разумѣлся тотъ чистый остатокъ, который имѣетъ быть за вычетомъ изъ наличнаго имущества всѣхъ долговъ завѣщателя, расходовъ на его погребеніе и т. п. При назначеніи нѣсколькихъ наслѣдниковъ каждый изъ нихъ имѣлъ право на соотвѣтствующую числу наслѣдниковъ долю изъ четвертой части состоянія: наприм., изъ двухъ наслѣдниковъ, *каждый* имѣлъ право на полученіе не менѣе одной восьмой части всего состоянія. Фальцидіевъ законъ былъ l. perfecta; распоряженія, сдѣланныя вопреки этому закону, не подлежали исполненію. Потому, если кто-либо назначалъ въ отказахъ болѣе трехъ четвертей своего состоянія, то всѣ отказы подлежали уменьшенію, пропорціонально ихъ величинѣ, для того чтобы довести общую сумму отказаннаго имущества до законнаго предѣла. Фальцидіевъ законъ дѣйствовалъ еще при Юстиніанѣ и подъ перомъ классическихъ юристовъ сталъ предметомъ обширныхъ толкованій направленныхъ къ тому, чтобы правило закона приложить ко всему разнообразію отдѣльныхъ казусовъ.—Ко времени императора Августа послѣдовало второе нововведеніе претора въ порядкѣ наслѣдованія по закону. Оно состояло въ томъ, что изъ числа когнатовъ, призванныхъ къ наслѣдованію въ качествѣ третьяго класса, преторъ выдѣлилъ лицъ, наиболѣе близкихъ къ наслѣдодателю; сюда относились не состоявшіе подъ его властью (эманципированные) дѣти его, и потомъ—вообще все нисходящее потомство по мужской линіи. Эти лица были переведены въ составъ перваго класса и поставлены на одинаковое положеніе со «своими» (sui); такимъ образомъ составъ перваго класса наслѣдниковъ былъ измѣненъ: вмѣсто «своихъ» въ этомъ классѣ наслѣдовали теперь «дѣти» (liberi), т. е. вообще всѣ нисходящіе, какъ принадлежащіе къ числу «своихъ», такъ и тѣ, которые не состояли подъ чьею-либо чужою властью и были бы «своими», если бы, по какому-либо случаю, не вышли изъ подъ власти своего роднаго домовладыки. Усыновленные въ чужой семьѣ и потомъ эманципированные причислялись къ своей родной семьѣ.—Одно нововведеніе сопро-

Unde liberi.

B. p. contra tabulas.

вождалось другимъ. Съ измѣненіемъ въ составѣ перваго класса наслѣдниковъ надо было измѣнить соотвѣтственнымъ образомъ и составъ тѣхъ лицъ, о которыхъ завѣщатель былъ обязанъ упоминать въ своемъ завѣщаніи. Преторъ объявилъ, что молчаливый обходъ «дѣтей» (при чемъ разумѣлись именно наслѣдники перваго класса) въ завѣщаніи, даетъ имъ право на «владѣніе» наслѣдствомъ вопреки завѣщанію (bonorum possessio contra tabulas). Должно быть, такимъ правомъ воспользовались прежде всего тѣ изъ преторскихъ наслѣдниковъ, которые вовсе были забыты въ цивильномъ правѣ (эманципированные); потомъ же «владѣніе наслѣдствомъ вопреки завѣщанію» было предоставлено мало по-малу и прочимъ изъ названныхъ лицъ. Отъ обыкновеннаго вида «владѣнія» наслѣдствомъ (стр. 348), этотъ послѣдній его видъ отличался тѣмъ, что «владѣлецъ» защищался не только противъ третьихъ лицъ, но и противъ самого наслѣдника, назначеннаго завѣщаніемъ (scriptus heres), такъ что владѣніе было во всякомъ случаѣ *cum re*. Иски владѣльца распространялись и на наслѣдника, а противъ его иска онъ имѣлъ эксцепцію. Съ осуществленіемъ права на владѣніе наслѣдствомъ вопреки завѣщанію наслѣдство распредѣлялось между всѣми прямыми наслѣдниками, за исключеніемъ лицъ, самимъ завѣщателемъ лишенныхъ наслѣдства. Стало быть, обойденные въ завѣщаніи получали наслѣдство вмѣстѣ съ назначенными въ немъ, насколько эти послѣдніе принадлежали къ числу прямыхъ наслѣдниковъ. Завѣщаніе соблюдалось еще и въ томъ отношеніи, что выдавались отказы, сдѣланные завѣщателемъ въ пользу дѣтей и родителей, а также въ пользу жены и невѣстки, въ двухъ послѣднихъ случаяхъ — отказы, назначенные по поводу приданаго. Такимъ образомъ старое цивильное правило объ упоминаніи извѣстныхъ лицъ въ завѣщаніи было перенесено въ преторскій эдиктъ, съ расширеніемъ самаго круга этихъ лицъ. Кромѣ того формальнымъ и придирчивымъ способомъ толкованія формулы лишенія наслѣдства юристы старались поддержать ея значеніе.—Напротивъ другое «формальное» ограниченіе завѣщаній, именно правило о постумахъ, продолжало терять свое значеніе. Въ концѣ респуб-

Lex Velleia.

лики, или въ началѣ имперіи, былъ изданъ объ этомъ предметѣ Веллеевъ законъ (l. Velleia). Продолжая дѣло, надъ которымъ, какъ мы видѣли, потрудились еще юристы VII вѣка, онъ дозволилъ завѣщателю упоминать о постумахъ, которые могли родиться *при жизни его:* вопервыхъ, о тѣхъ нисходящихъ, которые могли родиться послѣ совершенія завѣщанія, какъ «свои» наслѣдники; вовторыхъ, такихъ нисходящихъ, которые жили во время составленія завѣщанія, но «своими» наслѣдниками стали послѣ того (напр., внуки становятся дѣду «своими» наслѣдниками, если послѣ составленія завѣщанія умретъ ихъ отецъ). Юристы классической эпохи сдѣлали эти постановленія, равно какъ формулу Аквилія Галла (стр. 403), предметомъ самой распростанительной интерпретаціи, стараясь такимъ образомъ о томъ, чтобы завѣщатель въ возможно-бóльшемъ числѣ случаевъ могъ упомянуть о постумахъ и чрезъ то отвратить отмѣну завѣщанія вслѣдствіе ихъ появленія [467]). Такая практика въ концѣ концовъ вела къ тому, что старое правило почти потеряло свою силу: въ большинствѣ случаевъ рожденіе постума перестало отмѣнять завѣщаніе, если только завѣщатель предусмотрѣлъ возможность появленія постума и упомянулъ о немъ въ завѣщаніи. Назначеніе постума наслѣдникомъ, или лишеніе его наслѣдства, казавшееся юристу старыхъ временъ невозможнымъ, какъ назначеніе или лишеніе лица, еще не существующаго (persona incerta), для юристовъ конца республики и имперіи, при болѣе широкомъ взглядѣ ихъ на предметъ, не представляло особыхъ затрудненій.

Порядокъ наслѣдованія.

§ 174. Послѣ сказанныхъ измѣненій порядокъ наслѣдованія представлялся въ слѣдующемъ видѣ: если наслѣдодатель оставилъ завѣщаніе, то прежде всего спрашивалось, упомянулъ-ли онъ въ томъ завѣщаніи всѣхъ тѣхъ лицъ, упомянуть о которыхъ онъ былъ обязанъ; и если въ этомъ отношеніи въ завѣщаніи оказывался пробѣлъ, то 1) обойденные молчаніемъ, совмѣстно съ назначенными наслѣдниками, могли искать «владѣніе» наслѣдствомъ вопреки завѣщанію (b. p. contra tabulas); если же они не заявляли такого требованія, или же завѣщаніе

---

[467]) См., напр., *Dig.* 28. 2 fr. 29 §§ 2—6.

было составлено исправно, то наслѣдовали 2) наслѣдники, назначенные завѣщаніемъ; они получали права по наслѣдству, въ цивильномъ смыслѣ (hereditas), когда могли доказать, что завѣщаніе отвѣчаетъ вполнѣ требованіямъ цивильнаго права, и простое «владѣніе» наслѣдствомъ (b. p. secundum tabulas), когда не могли или не хотѣли прибѣгнуть къ такому доказательству. Если наслѣдодатель умиралъ безъ завѣщанія, наслѣдники выступали въ такомъ порядкѣ: 3) дѣти и остальные нисходящіе по мужской линіи, изъ нихъ «свои» могли получить какъ цивильное наслѣдство (hereditas), такъ и «владѣніе» наслѣдствомъ, остальные же имѣли только «владѣніе» (b. p. unde liberi); 4) ближайшій агнатъ, который имѣлъ и цивильное право (hereditas) и «владѣніе» (b. p. unde legitimi) и наконецъ 5) когнаты, которымъ предоставлялось одно владѣніе (b. p. unde cognati) въ послѣдовательности степеней родства. При отсутствіи названныхъ пяти классовъ къ наслѣдованію призывался еще шестой классъ—супругъ или супруга наслѣдодателя (b. p unde vir et uxor). Время образованія этого шестаго класса неизвѣстно [468]). Что же касается вообще до всего порядка наслѣдованія безъ завѣщанія (классы 3—6), то юристы имперіи и сами императоры продолжали реформу претора. Нѣтъ нужды приводить во всѣхъ ея подробностяхъ эту кропотливую работу столѣтій, продолжительность и дробность которой только показываетъ, съ какимъ трудомъ можетъ даваться юристу и законодателю послѣдовательное переустройство порядка наслѣдованія. Достаточно ограничиться

Дальнѣйшее развитіе.

---

[468]) Въ этой шестиклассной системѣ юристы такъ опредѣляли роль преторскаго «владѣнія» (bonorum possessio) по отношенію къ цивильному порядку: 1) преторъ упрочилъ цивильный порядокъ (b. p. confirmandi iuris civilis gratia); сюда относятся b. p. secundum tabulas (въ первоначальномъ видѣ, стр. 347 сл.) и b. p. unde legitimi; 2) преторъ пополнилъ цивильный порядокъ (b. p. supplendi i. c. gratia), куда принадлежатъ b. p. unde cognati и unde vir et uxor; 3) преторъ исправилъ цивильное право (b. p. corrigendi i. c. gratia); сюда принадлежитъ b. p. unde liberi въ связи съ b. p. contra tabulas. Наконецъ 4) преторъ усовершенствовалъ (упростилъ) цивильное право (b. p. emendandi i. c. gratia). Это послѣднее выразилось въ упрощеніи формы завѣщаній и развитіи b. p. secundum tabulas (гл. XX).

немногими указаніями. Первый классъ наслѣдниковъ (дѣти) расширялся на счетъ третьяго; въ него включили дѣтей, рожденныхъ внѣ законнаго брака и потомъ узаконенныхъ: по утвержденію городскихъ курій (со времени Юстиніана—также чрезъ послѣдующее вступленіе родителей въ законный бракъ); въ него включили далѣе нисходящее потомство по женской линіи, при чемъ до Юстиніана такіе нисходящіе получали долю, нѣсколько меньшую, сравнительно съ нисходящими по мужской линіи; наконецъ положеніе усыновленныхъ было нѣсколько измѣнено въ томъ смыслѣ, что въ наслѣдственныхъ отношеніяхъ они стали нѣсколько ближе, чѣмъ прежде, къ своему родному отцу. Рядомъ со всѣмъ этимъ раздвинулись рамки втораго класса, еще при Гаѣ остававшагося безъ всякихъ измѣненій. Ко времени Ульпіана измѣнилось самое понятіе агнатства. Въ противоположность древнему воззрѣнію (§ 6), подъ агнатствомъ понимали просто всѣхъ родственниковъ (когнатовъ) по мужской линіи [469]), и всѣ такіе агнаты были зачислены во второй классъ наслѣдниковъ, безъ различія мужчинъ и женщинъ. Далѣе во второмъ классѣ наслѣдовала мать послѣ своихъ дѣтей и дѣти послѣ своей матери, а при Юстиніанѣ отецъ послѣ сына, отпущеннаго имъ изъ подъ своей власти. Порядокъ наслѣдованія матери послѣ дѣтей и дѣтей послѣ матери былъ предметомъ многочисленныхъ постановленій, начиная съ императора Клавдія (I в. по Р. Х.) и кончая Юстиніаномъ [470]). Второй классъ совершенно потерялъ свою прежнюю физіономію, хотя продолжалъ называться «агнатами» или «законными» (legitimi) наслѣдниками, въ тѣсномъ и особомъ смыслѣ слова законный. Единственный существенный остатокъ старины состоялъ только

[469]) *Dig.* 38. 16 fr. 2 § 1.

[470]) Къ исторіи наслѣдованія матери послѣ дѣтей относятся: 1) постановленіе имп. Клавдія (*Inst.* 3. 3 § 1.); 2) sc. Tertullianum, ок. 158 г. (*Inst.* 3. 3; *Dig.* 38. 17; *C.* 6. 56); 3) постановленіе имп. Севера (*Dig.* 26. 6 fr. 2 § 2); 4) пост. имп. Константина (*Cod. Th.* 5. 1); 5). 1) пост. имп. Валентіана III (*Cod. Th.* 5. 1. 1. 2); 6) пост. имп. Юстиніана (*Inst.* 3. 3 §§ 4. 5. 6; *Cod.* 8. 58 (59) l. 2). — Къ исторіи наслѣдованія дѣтей послѣ матери относятся: sc. Orfitianum, 178 г. (*Inst.* 3. 4; *Dig.* 38. 17; *Cod.* 6. 57) и другія.

въ томъ, что преемственность степеней не примѣнялась во второмъ классѣ вплоть до самаго Юстиніана. Къ третьему классу принадлежали, по прежнему, когнаты, не включенные въ первые два класса. Юстиніанъ дѣятельно участвовалъ, рядомъ постановленій, въ завершеніи всѣхъ этихъ преобразованій и наконецъ счелъ за лучшее, отмѣнивъ сразу накопившуюся массу конституцій, сенатусконсультовъ и толкованій юристовъ, замѣнить ихъ однимъ общимъ закономъ. Это было сдѣлано имъ въ 543 году новеллою 118. Послѣдніе слѣды различія когнатства и агнатства были уничтожены, наслѣдственныя права женщинъ сравнены съ правами мужчинъ, когнаты призваны къ наслѣдованію безъ ограниченія степеней. Весь порядокъ наслѣдованія представился въ слѣдующемъ видѣ: сначала призываются 1) нисходящіе, при чемъ внуки, правнуки и т. д. наслѣдовали поколѣнно, какъ это было и въ старомъ правѣ (стр. 120), потомъ слѣдуютъ 2) восходящіе (въ порядкѣ степеней), полнородные братья и сестры и дѣти умершихъ братьевъ и сестеръ [471]), послѣдніе—поколѣнно; 3) единокровные и единоутробные братья и сестры, также братья и сестры по усыновленію и незаконныя дѣти; 4) всѣ остальные родственники по боковымъ линіямъ съ соблюденіемъ преемственности степеней родства; 5) супругъ или супруга лица, послѣ котораго оставлено наслѣдство. Кромѣ того на особыхъ правахъ участвовали въ наслѣдованіи малолѣтній усыновленный, дѣти, рожденныя въ конкубинатѣ, и бѣдная вдова наслѣдодателя,—эта послѣдняя въ томъ случаѣ, когда она не призывалась по пятому классу.

Обязательная доля.

§ 175. Практика и законодательство постепенно выработали также твердыя правила, которыми опредѣлялся порядокъ «жалобы» на «обидное» завѣщаніе (querela inofficiosi testamenti). Во всякомъ случаѣ право на эту жалобу имѣлъ только тотъ, кто былъ бы наслѣдникомъ послѣ умершаго, если бы онъ вовсе не оставилъ завѣщанія. Прежде всего жалоба ограждала интересы нисходящихъ, и это представлялось особенно важнымъ въ такое время, когда отцы, лишая своихъ дѣтей

[471]) Ср. новеллу 127.

наслѣдства, подчинялись вліянію ложныхъ наговоровъ и подстрекательствъ [472]), шедшихъ по большей части со стороны мачихъ [473]), когда проявленія самодурства доходили до того, что, напримѣръ, отецъ лишалъ наслѣдства дочь, не желавшую развестись съ своимъ мужемъ [474]). Кромѣ наслѣдниковъ по нисходящей и по восходящей, наслѣдники въ боковыхъ линіяхъ тоже заявляли притязанія на жалобу, но ко времени по крайней мѣрѣ Ульпіана право на жалобу было ограничено въ этомъ случаѣ братьями и сестрами наслѣдодателя. Императорское постановленіе 294 г. отняло это право и у нихъ, другое же постановленіе 319 г. допустило жалобу братьевъ и сестеръ (за исключеніемъ единоутробныхъ) только въ томъ случаѣ, когда они были обойдены въ пользу лица «безчестнаго» (turpis persona). Право на жалобу признавалось также за патрономъ, за отцомъ, отпустившимъ наслѣдодателя на волю, за несовершеннолѣтнимъ усыновленнымъ. Юстиніанъ прибавилъ къ этому ряду еще вдову умершаго, если она не имѣла своего состоянія; ей предоставлялась четверть всего наслѣдства, но безъ уничтоженія всего завѣщанія. Что касается до остальныхъ жалобщиковъ, то въ случаѣ выигрыша своего дѣла они наслѣдовали такъ, какъ должны были бы наслѣдовать по закону, т. е. завѣщаніе отмѣнялось и взамѣнъ того наступало наслѣдованіе по закону. Но они теряли право на жалобу, если завѣщатель оставилъ имъ, въ какой бы то ни было формѣ (въ формѣ-ли наслѣдства, или въ формѣ отказа, или въ какой-либо иной) одну четверть того, что имъ слѣдовало по закону. Другими словами, это значило, что завѣщатель *обязательно* долженъ былъ оставить каждому изъ своихъ законныхъ наслѣдниковъ не менѣе одной четверти его законной доли; такъ образовалась обязательная наслѣдственная доля, предусмотрѣнная уже Фальцидіевымъ закономъ относительно наслѣдниковъ по завѣщанію. Юстиніанъ измѣнилъ этотъ порядокъ въ двухъ отношеніяхъ: вопервыхъ, онъ установилъ различные размѣры обязательной наслѣдственной до-

---

[472]) *Dig.* 5. 2 fr. 3.

[473]) fr. 4.

[474]) *Cod.* 3. 28 l. 18.

ли, смотря по числу наслѣдниковъ ($^1/_3$, $^1/_2$); вовторыхъ, онъ предписалъ, что обязательная доля должна оставляться непремѣнно въ формѣ назначенія подлежащаго лица наслѣдникомъ, а не въ какой-либо иной формѣ. Завѣщаніе, которое отмѣнялось по несоблюденію правилъ объ обязательной долѣ, теряло свою силу только въ той части, гдѣ содержалось назначеніе наслѣдниковъ, и сохраняло свою силу въ прочихъ частяхъ (отказы и пр.). — Если законный наслѣдникъ, имѣвшій право на обязательную долю, не былъ позабытъ въ завѣщаніи, но получилъ менѣе этой доли, то во время юриста Павла ему предоставлялось просить или объ отмѣнѣ всего завѣщанія, или только о дополненіи оставленнаго ему — до предѣловъ обязательной доли. Съ 361 г. онъ былъ обязанъ избрать этотъ путь, если его указывалъ, въ своемъ завѣщаніи, самъ завѣщатель; по Юстиніану, онъ былъ обязанъ къ тому во всякомъ случаѣ. — Что касается наконецъ до вопроса, какія основанія признавались уважительными для устраненія того или другаго родственнаго лица отъ наслѣдства, то это разрѣшалось усмотрѣніемъ суда въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, и только Юстиніанъ установилъ точный перечень такихъ основаній, возложивъ на наслѣдника по завѣщанію обязанность доказать ихъ существованіе, когда возникнетъ о томъ судебный споръ.

Исторія опеки и отеческой власти.

§ 176. Намъ остается прослѣдить еще одну сторону въ исторіи отношеній государства къ роду,—именно отношеніе къ семейнымъ властямъ, состоявшимъ первоначально подъ контролемъ рода. Государство сохранило эти власти, на сколько онѣ представлялись необходимыми при новыхъ условіяхъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ поставило ихъ подъ свой контроль и благодаря этому совершенно преобразовало ихъ характеръ.

Прежде всего такое преобразованіе испытала власть *опекуна*. Въ своемъ мѣстѣ (§ 56) было уже показано, какъ назначеніе опекуновъ завѣщаніемъ, судебная отвѣтственность неисправнаго опекуна и смѣщеніе опекуна неблагонадежнаго

Опек.

были извѣстны еще квиритскому праву и служили къ подрыву исключительной опекунской власти. Дальнѣйшее развитіе въ этомъ направленіи сводится къ слѣдующему [475]).

Смѣщеніе опекуна.

1. Преторъ принялъ въ свой эдиктъ институтъ смѣщенія неблагонадежнаго опекуна и приступалъ къ изслѣдованію благонадежности опекуна (cognitio suspecti) не только по жалобамъ частныхъ лицъ, но и по своей собственной иниціативѣ [476]). Объявленіе опекуна неблагонадежнымъ, помимо его смѣщенія, сопровождалось въ важнѣйшемъ случаѣ безчестіемъ (infamia), иногда—уголовнымъ наказаніемъ. Легче, чѣмъ другимъ лицамъ, оно обходилось опекуну - патрону, который ни въ какомъ случаѣ не подвергался безчестію [477]); по всей вѣроятности, то же относилось къ опекунамъ изъ родственниковъ и свойственниковъ. Такъ въ позднѣйшемъ правѣ жило еще воспоминаніе о томъ, что опека была когда-то прерогативой семейно-родовыхъ властей.—Какія поступки или качества подходили подъ понятіе неблагонадежности, это толковалъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судящій магистратъ. Источники употребляютъ разнообразныя выраженія, характеризующія неблагонадежность съ ея различныхъ сторонъ. Сюда относятся: умышленное причиненіе невыгоды опекаемому (dolus) и обманный образъ дѣйствій (fraus), неосторожность (culpa) и небрежность (negligentia), нерадивость, невѣжество, простота, глупость, неумѣнье и т. п. Въ качествѣ примѣровъ тѣхъ случаевъ, которые влекутъ за собою смѣщеніе, юристы называютъ: пріобрѣтеніе опекунскаго права посредствомъ подкупа должностныхъ лицъ, отказъ въ представленіи надлежащихъ обезпеченій, недоставленіе опекаемому средствъ для существованія, отчужденіе его имѣній безъ надлежащаго разрѣшенія начальства, просрочка въ помѣщеніи наличныхъ денегъ подъ проценты или пропускъ выгоднаго случая для покупки земли, неблагоразумный отказъ отъ наслѣдства, пренебреженіе, оказанное къ судебной защитѣ опекаемаго.

---

475) См. указанія въ примѣч. 118 на стр. 127.
476) *Dig.* 26. 10 fr. 3 §§ 4. 12; fr. 12.
477) *Inst.* I. 26 § 2

Tutor praetorius и др.

2. Рѣшительный шагъ въ преобразованіи опеки въ государственное учрежденіе былъ сдѣланъ, когда появилось назначеніе опекуновъ государственною властью. Вѣроятно, первымъ случаемъ этого рода былъ tutor praetorius. Онъ назначался преторомъ къ малолѣтнему (и къ женщинѣ), какъ скоро у него возникала тяжба съ его постояннымъ опекуномъ [478]). Позднѣе при тѣхъ же условіяхъ назначался особый кураторъ (in litem dandus curator [479]), который могъ быть опредѣленъ заранѣе — одинъ для всѣхъ тяжбъ, имѣющихъ возникнуть между опекаемымъ и его опекуномъ [480]). Кураторъ назначался по просьбѣ самого опекаемаго; но авторитетомъ юриста Кассія было установлено, что преторъ принуждалъ къ этой просьбѣ такого малолѣтняго, который имѣлъ тяжбу съ своимъ опекуномъ и тѣмъ не менѣе не требовалъ для себя особаго куратора [481]). Такимъ образомъ подъ формою добровольнаго обращенія къ защитѣ государственной власти проводилось начало обязательнаго контроля, который присвоивала себѣ эта власть въ дѣлахъ опеки. Впослѣдствіи Модестинъ для чрезвычайныхъ случаевъ вообще допускалъ вмѣшательство магистрата въ дѣло назначенія опекуна [482]).

Tutor praetorius и, замѣнившій его, curator in litem dandus былъ опекунъ чрезвычайный, назначенный особенно для веденія извѣстнаго дѣла или ряда дѣлъ.

Lex Atilia.

3. Особымъ закономъ (l. Atilia), изданнымъ въ пятомъ или шестомъ столѣтіи (во всякомъ случаѣ ранѣе 566 г.), органы государственной власти были призваны къ назначенію постоянныхъ опекуновъ. Преторъ, вмѣстѣ съ большинствомъ народныхъ трибуновъ, получилъ право давать опекуновъ малолѣтнимъ и женщинамъ, по какимъ-либо причинамъ вовсе ихъ не имѣвшимъ [483]). Такой опекунъ назывался, по имени закона, tutor Atilianus или также tutor dativus, опекунъ данный.

---

478) *Gai.* I. 184; *Ulp.* 11. 24.
479) *Inst.* 1. 21 § 3; *Cod.* 5. 44; *Nov.* 72. c. 2.
480) *Dig.* 26. 1 fr. 3 § 4.
481) *Dig.* 26. 1 fr. 3 § 2.
482) *Dig.* 26. 6 fr. 2 § 3.
483) *Gai.* I. 185; *Ulp.* 11. 18; *Liv.* 39. 9.

Появленіе закона было вызвано, конечно, распаденіемъ родовой и семейной связи, измельчаніемъ семей, вслѣдствіе чего малолѣтніе стали нерѣдко оставаться безъ опеки. Рядомъ съ опекунами по закону (t. legitimi) и по завѣщанію (testamentarii) опекуны dativi составили третій классъ опекуновъ, который получилъ надлежащее развитіе. Два послѣдующіе закона: l. Titia (VI стол.?) и l. Iulia (Авг.?) распространили дѣйствіе Атиліева закона на провинціи, возложивъ тамъ назначеніе опекуновъ на провинціальныхъ магистратовъ. Въ самомъ Римѣ преторъ, дѣйствовавшій въ совѣтѣ съ трибунами, былъ впослѣдствіи замѣненъ другими магистратами. Имп. Клавдій предоставилъ въ этомъ отношеніи нѣкоторыя полномочія консулу [484]); Маркъ Аврелій, въ видахъ улучшенія опекунской части, установилъ для завѣдыванія опекунскими дѣлами особаго претора [485]); городскому префекту тоже было открыто участіе въ этихъ дѣлахъ [486]). — Всѣ вышеозначенные магистраты назначали опекуновъ для малолѣтнихъ, не иначе какъ по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, которыя вмѣстѣ съ просьбою указывали и самихъ кандидатовъ. Каждому гражданину принадлежало право предъявить такую просьбу [487]). Въ своихъ назначеніяхъ государственная власть не стѣснялась рамками стараго права; напр., даже filius familias могъ выступить въ качествѣ опекуна по назначенію. Если это послѣднее происходило съ согласія его отца, то такой опекунъ несъ имущественную отвѣтственность за свои дѣйствія въ размѣрѣ своего личнаго имущества (peculium); въ противномъ случаѣ отвѣтственность распространялась на отца [488]). Впослѣдствіи filii familias могли назначаться опекунами и въ завѣщаніяхъ [489]). Взрослые filii familias были лишены граж-

---

484) *Inst.* 1. 20 § 3. *Sueton.* Claud. 23: sanxit, ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur.

485) *Capitol.* in Marco 10: Praetorem tutelarem primus fecit, quum antea tutores a consulibus poscerentur, *ut diligentius de tutoribus tractaretur.*

486) *Dig.* 27. 1 fr. 45 § 3; *Inst.* 1. 20 § 4.

487) *Dig.* 26. 6 fr. 2 pr. § 2.

488) *Dig.* 26. 1 fr. 7.

489) *Inst.* 1. 14 pr.

данской правоспособности, но обладали политическою правоспособностью; ихъ появленіе въ роли опекуновъ показываетъ, что на эту роль стали смотрѣть какъ на общественную должность. Въ послѣдующемъ правѣ вообще были нарушены старыя рамки. Такъ, еще во время классическихъ юристовъ женщины не могли быть опекунами [490]); но потомъ императоры сдѣлали исключеніе въ пользу матери и бабки малолѣтняго. Послѣ смерти его отца, онѣ могли потребовать себѣ опеку преимущественно предъ другими законными опекунами и получали ее подъ извѣстными условіями [491]).

Lex Plaetoria.

4. Можетъ быть, вскорѣ послѣ изданія Атиліева закона и во всякомъ случаѣ не позже 570 г. былъ изданъ, упоминаемый у Плавта, Плеторіевъ законъ (l. Plaetoria) [492]). Въ виду злоупотребленій, которымъ стали, при развившемся спекулятивномъ характерѣ гражданскаго оборота, подвергаться молодые люди, недавно вышедшіе изъ-подъ опеки, этотъ законъ постановилъ: 1) если кто позволитъ себѣ злоупотребить (circumscriptio) неопытностью и довѣріемъ молодаго человѣка, вышедшаго изъ-подъ опеки, но не достигшаго еще 25-лѣтняго возраста (minor XXV annis), и вовлечетъ его въ сдѣлку, для него невыгодную, то противъ того можетъ выступить, съ особымъ искомъ, каждый гражданинъ (actio popularis); обвиненіе по сему иску не лишаетъ заключенную сдѣлку ея юридической силы (законъ былъ lex imperfecta), но подвергаетъ отвѣтчика денежному штрафу (quadruplum? ср. стр. 192); 2) вступающій въ сдѣлку съ лицомъ моложе 25 лѣтъ избѣгаетъ сказанной отвѣтственности, если на случай совершенія сдѣлки молодой человѣкъ испроситъ себѣ у претора особаго попечителя (curator) и совершитъ сдѣлку съ одобренія (consensus) этого послѣдняго. Такимъ образомъ рядомъ съ малолѣтними, подлежавшими опекѣ, образовался другой классъ лицъ,—недостигшіе 25-лѣтняго возраста и подлежавшіе въ случаѣ совершенія ими юридическихъ сдѣлокъ попечительству; рядомъ

[490]) *Dig.* 26. 1 fr. 18; *Dig.* 26. 2 fr. 26 pr.

[491]) *Cod.* 5. 35. 1. 2. *Nov.* 22 c. 38. 40; *Nov.* 94 c. 1. 2; *Nov.* 118 c. 5; *Nov.* 155.

[492]) *Savigny*, въ его Vermischte Schriften, II, стр. 321—395.

съ опекунами появились попечители, утверждаемые преторомъ по ходатайству самого лица, состоявшаго подъ попечительствомъ. Разумѣется, мелкія бытовыя сдѣлки, напр., покупка вещей первой необходимости, продолжали совершаться всѣми лицами, вышедшими изъ-подъ опеки, безъ участія попечителей и только въ важнѣйшихъ случаяхъ (напр., при займѣ, продажѣ недвижимости и т. п.) къ сдѣлкѣ привлекался попечитель. Какъ замѣчено, сдѣлка, совершенная безъ попечителя, сама по себѣ, сохраняла свою силу, хотя бы и была произведеніемъ того обмана (circumscriptio), который предусматривался въ Плеторіевомъ законѣ. Два средства измѣнили потомъ этотъ порядокъ: вопервыхъ, въ уважительныхъ случаяхъ и, можетъ быть, не стѣсняясь рамками Плеторіева закона (т. е. не ограничиваясь случаями circumscriptio), преторъ возстановлялъ (restitutio in integrum) потерпѣвшаго молодаго человѣка въ его первоначальномъ юридическомъ положеніи или, другими словами, отмѣнялъ сдѣлку, для него невыгодную [493]; вовторыхъ, въ юрисдикціи претора была составлена особая эксцепція [494]), которая давалась потерпѣвшему молодому человѣку въ томъ случаѣ, если его противникъ предъявлялъ искъ по сдѣлкѣ. Эта эксцепція основывалась формально на Плеторіевомъ законѣ (exceptio legis Plaetoriae, стр. 385), по существу же своему выражала собою новое (преторское) правило, предусмотрѣнное закономъ.—Въ имперіи институтъ попечительства надъ недостигшими 25-лѣтняго возраста получилъ новое развитіе. Имп. Маркъ Аврелій постановилъ, что каждый, недостигшій 25 лѣтъ, долженъ имѣть общаго попечителя, т. е. такого, который, будучи разъ назначенъ, исправлялъ бы свою должность до полнаго совершеннолѣтія молодаго человѣка и притомъ по всѣмъ дѣламъ, какія могли возникнуть при управленіи имуществомъ, отданнымъ подъ попечительство. Просить о назначеніи попечителя по прежнему долженъ былъ самъ несовершеннолѣтній и не

---

[493]) *Dig.* 4. 4 fr. 1 § 1: Praetor edicit: «Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam».

[494]) *Dig.* 44. 1 fr. 7 § 1.

было прямыхъ средствъ принудить его къ такой просьбѣ; впрочемъ достаточно побудительною причиною въ этомъ случаѣ могло служить то, что, не имѣя попечителя, недостигшій 25 лѣтъ не могъ ни вести процессовъ, ни получать уплаты по долгамъ; кромѣ того опекунамъ предписывалось, при окончаніи опеки, склонять своихъ опекаемыхъ къ избранію попечителей. Юридическое положеніе попечителей постепенно приближалось къ положенію опекуновъ. Подобно опекуну попечитель управлялъ имуществомъ несовершеннолѣтняго, велъ его процессы, принималъ уплаты по долгамъ, отчуждалъ имѣніе; подобно расточителю, недостигшій 25 лѣтъ не имѣлъ права отчудить что-либо изъ своего имущества безъ согласія попечителя. По всей вѣроятности, онъ не могъ также вступать произвольно въ долги и свидѣтельство источниковъ, противорѣчащее этому послѣднему предположенію [495]), составляетъ, должно быть, плодъ какого-нибудь недоразумѣнія. Утверждая представленнаго кандидата попечителемъ, магистратъ провѣрялъ его личныя качества такъ же, какъ это дѣлалось при утвержденіи опекуновъ; правила о смѣщеніи неблагонадежныхъ опекуновъ и объ обезпеченіяхъ, которыя отъ опекуновъ требовались (ниже п. 9), распространялись въ той или другой мѣрѣ и на попечителей

Развитіе назначеній.

5. По смыслу Атиліева закона, опекунъ назначался государственною властью только тогда, когда у малолѣтняго (или женщины) не было вовсе никакого опекуна. Постепенно перестали стѣсняться этимъ послѣднимъ условіемъ, когда какая-либо временная причина препятствовала опекуну приступить къ исполненію своихъ обязанностей. Напримѣръ, опекунъ былъ назначенъ завѣщаніемъ, но не принималъ опеки потому, что наслѣдникъ не вступилъ еще въ наслѣдство (безъ чего не могло исполняться все завѣщаніе), или потому, что не осуществилось условіе или срокъ, установленные завѣщаніемъ» [496]), или же наконецъ потому, что опекунъ, указанный завѣщаніемъ, находился въ плѣну [497]). Въ такихъ случаяхъ назначался опе-

495) *Dig.* 45. 1 fr. 101.

496) *Gai.* I. 186; *Inst.* 1. 20 § 1; *Dig.* 26. 2 fr. 10 pr., fr. 11 pr.

497) *Gai.* I. 187; *Inst.* 1. 20 § 2.

кунъ отъ магистрата, но не призывался законный опекунъ, если бы даже таковой былъ на лицо. По словамъ Ульпіана, пока не исчезла надежда имѣть опекуна по завѣщанію, до тѣхъ поръ опекунъ по закону устраняется [498]). Законной опекѣ не довѣряли, и когда не могли замѣнить ее завѣщательною опекой, то давали опекуна по назначенію. По аналогіи съ послѣднимъ изъ вышеприведенныхъ случаевъ опекунъ назначался преторомъ и тогда, когда въ плѣну находился законный опекунъ [499]).— Въ позднѣйшемъ правѣ установилось еще нѣсколько случаевъ чрезвычайной (временной) опеки по назначенію отъ государственной власти. Такъ назначались лица для завѣдыванія дѣлами малолѣтняго (и женщины) на время малолѣтства самого опекуна [500]), на случай отсутствія опекуна [501]), или на время, пока у властей производилось дѣло о назначеніи опекуна [502]). Такъ же назначались особыя лица въ помощь опекуну, когда онъ нуждался въ ней, напр., вслѣдствіе своей старости или болѣзни [503]), большой отдаленности или разсѣянности имѣній опекаемаго [504]), или воспослѣдовавшаго увеличенія его имущества [505]).—Особенно рѣшительно государственная власть могла дѣйствовать въ этихъ случаяхъ тогда, когда дѣло шло о замѣнѣ опекуна по завѣщанію; менѣе рѣшительно могла она относиться къ опекунамъ по закону. Слѣдующее различіе пояснитъ это замѣчаніе. Дѣвушка, въ случаѣ отсутствія ея опекуна, могла просить о назначеніи взамѣнъ его другаго лица, — все равно, какъ долго опекунъ предполагаетъ отсутствовать; но если мѣсто опекуна было занято патрономъ или вообще родственникомъ, то дозволя-

---

[498]) *Dig*. 26. 2. fr. 11 pr.:... sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare.

[499]) *Dig*. 26. 4 fr. 1 § 2.

[500]) *Dig*. 27. 1 fr. 10 § 7.

[501]) *Dig*. 27. 3 fr. 9 pr; 26. 10 fr. 3 § 10; 26. 5. fr. 15. 16; *Gai*. I. 173—176; *Ulp*. 11. 22; *Dig*. 26. 5 fr. 7. 9.

[502]) *Dig*. 26 5 fr. 2.

[503]) *Dig*. 26. 1 fr. 13 pr.

[504]) *Fragm. Vat*. § 147; *Cod*. 5. 36 l. 3

[505]) *Cod*. 5. 36. l. 5; *Dig*. 26. 7 fr. 9 § 9; fr. 39. § 7; *Cod*. 5. 12 l. 11.

лось просить только о назначеніи временнаго замѣстителя его и притомъ съ ограниченными полномочіями [506]).

Устраненіе неспособныхъ лицъ.

6. Сенатусконсульты установили, что опекуны глухіе, нѣмые и сумасшедшіе подлежатъ устраненію и замѣняются опекунами по назначенію [507]). По своей собственной инициативѣ юристы указывали не допускать къ опекунству такихъ лицъ, если они были указаны въ завѣщаніяхъ [508]). Впрочемъ завѣщательное назначеніе опекуномъ лица сумасшедшаго юр. Павелъ соглашался понимать, какъ назначеніе условное: назначенное лицо становилось опекуномъ, если выздоравливало [509]). Къ опекѣ патрона и здѣсь относились снисходительно. Если либертинка оказывалась подъ опекою своего сумасшедшаго патрона, то ей дозволялось просить лишь о назначеніи временнаго опекуна и то — для строго-опредѣленныхъ цѣлей. Назначеніе временнаго опекуна не отнимало право опеки ни у патрона, ни у его сына, къ которому опека имѣла перейти послѣ смерти отца [510]).—Въ вышеприведенныхъ случаяхъ всего замѣчательнѣе то обстоятельство, что въ нихъ, какъ и въ случаяхъ приведенныхъ нѣсколько выше, негодный завѣщательный опекунъ (глухой, нѣмой, сумасшедшій) замѣщался не законнымъ опекуномъ, но опекуномъ по назначенію отъ магистрата. Такъ развивалась государственная опека на счетъ опеки родственниковъ. Подобное же замѣчается въ другихъ случаяхъ. Опекунъ, удаленный по неблагонадежности (remotus) или уволенный по основательной причинѣ (excusatus), замѣщается опекуномъ по назначенію [511]) и тотъ же порядокъ соблюдается относительно удаленнаго или уволеннаго завѣщательнаго опекуна [512]). Точно такъ же, если умиралъ одинъ изъ многихъ завѣщательныхъ опекуновъ, то онъ замѣнялся опекуномъ по назначенію [513])

506) *Gai*. I. 173—176; *Ulp*. 11. 22.
507) *Dig*. 26. 1 fr. 17.
508) *Dig*. 26. 1 fr. 1 §§ 2. 3.
509) *Dig*. 26. 1 fr. 11.
510) *Gai* I. 180.
511) *Gai*. I. 182; *Ulp*. 11. 23.
512) *Dig*. 26. 2 fr. 11 §§ 1. 2.
513) *Dig*. 26. 2 fr. 11 § 4.

Если былъ назначенъ временный опекунъ, по случаю отсутствія настоящаго опекуна, и этотъ послѣдній умиралъ въ отсутствіи, то назначенный опекунъ обращался въ постояннаго и опека въ руки родственниковъ не возвращалась [514]).

Обязанности матери и др.

7. Императоръ Северъ возложилъ на мать малолѣтняго обязанность заботиться о назначеніи опекуна, когда таковаго не было. Она рисковала лишиться слѣдующей ей доли въ наслѣдствѣ послѣ своего сына, если при жизни его вовсе не просила объ опекунѣ для него, или исполнила это небрежно, лишь бы избавиться отъ своей обязанности, наприм., предложила въ опекуны неблагонадежное лицо, или такое, которое имѣло право уклониться отъ принятія должности [515]). Распространительное толкованіе этого постановленія юристами во многомъ расширило обязанности матери [516]). Въ 357 году императоръ Констанцій возложилъ тѣ же обязанности на дѣда и бабку [517]), а въ 439 г. Θеодосій II на всѣхъ наслѣдниковъ малолѣтняго [518]). Въ 479 году тѣ же обязанности матери были установлены императоромъ Зенономъ относительно дѣтей, рожденныхъ въ конкубинатѣ [519]). Подобныя же обязанности лежали также на вольноотпущенныхъ, съ которыхъ взыскивалось строго, если они не заботились о назначеніи опекуна къ малолѣтнимъ дѣтямъ своего умершаго патрона [520]). Установленіе такихъ обязанностей было очевидною необходимостью, какъ скоро магистратъ не обладалъ правомъ назначенія опекуновъ по собственной своей инициативѣ.

Увольненіе опекуновъ.

8. Въ императорскомъ Римѣ семейно-родовыя связи распались, очевидно, совершенно, если правильное положеніе опекунскаго дѣла приходилось обезпечивать установленіемъ вышеописанныхъ обязанностей. Паденіе семейно-родовыхъ связей отразилось и въ другомъ обстоятельствѣ. Отказы отъ при-

514) *Dig.* 26. 1 fr. 12.
515) *Dig.* 26. 6 fr. 2 §§ 1. 2; *Dig.* 38. 17 fr. 2 § 23.
516) *Dig.* 38. 17 fr. 2 §§ 24—47 (Ulp.); *Dig.* 26. 6 fr. 4 (Triphon).
517) *Cod.* Theod. 3. 18 l. 1
518) *Cod.* 6. 58 l. 10.
519) *Cod.* 5. 31 l. 11.
520) *Dig.* 26. 6 fr. 2 § 1.

нятія опеки сдѣлались настолько часты, что представилась необходимость въ юридическомъ регулированіи этого предмета. На то обстоятельство, что Атиліевъ законъ никоимъ образомъ не закрывалъ назначеннымъ опекунамъ возможности отказываться отъ принятія назначенія, источники указываютъ, какъ на одну изъ причинъ отмѣны этого закона [521]). Послѣ того tutor dativus, при своемъ отказѣ, долженъ былъ представить на свое мѣсто другаго кандидата, болѣе подходящаго (potioris nominatio) [522]). Въ классической юриспруденціи сложилось обширное ученіе объ основаніяхъ, по которымъ опекунамъ вообще дозволялось отказываться отъ принятія опеки [523]). Изложеніе этого ученія и перечисленіе самыхъ основаній не входитъ въ нашу задачу. Отмѣтимъ только, что его появленіе свидѣтельствуетъ о томъ, что опека превратилась къ тому времени изъ права въ обязанность, отъ исполненія которой нельзя было уклониться по личному усмотрѣнію.

Вмѣстѣ съ тѣмъ выработались указанія на то, какія именно качества или отношенія должны служить препятствіемъ къ предоставленію кому-либо опекунства. Кромѣ сумасшествія, глухоты и т. п. обстоятельствъ, препятствіемъ служило, напр., завѣдомая вражда опекуна съ покойнымъ отцомъ малолѣтняго, существованіе между ними долговыхъ отношеній и т. д.

Cautio

9. Борьба съ прерогативами законныхъ опекуновъ (t. legitimi) составляла существенную сторону тѣхъ преобразованій, которыя преторъ, юристы и впослѣдствіи императорское законодательство внесли въ учрежденіе опеки. Если въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, какъ мы видѣли, эта борьба подвигалась туго, то, съ другой стороны, особыя формы были изобрѣтены въ видахъ ея успѣшнаго хода. Сюда относится обязательное истребованіе отъ законныхъ опекуновъ особаго обезпеченія. Опекуны этого рода были принуждаемы давать особое обѣщаніе въ томъ, что отнесутся къ исполненію своей обязанности

---

[521]) *Inst.* 1 20 § 3.

[522]) *Paul.* Sent. rec. II. 28. 29; *Fragm. Vat.* §§ 157—166; 206—220.

[523]) *Fragm. Vat.*, §§ 123—248; *Paul.* Sent. Rec. II, 27—30; *Inst.* 1. 25; *Dig* 27. 1; *Cod.* 5. 62—69.

съ надлежащею рачительностью, и сопровождали свое обѣщаніе залогомъ или поручительствомъ (satisdatio rem pupilli salvam fore) [524]). Уклоненіе отъ представленія такого объясненія вело къ недопущенію уклоняющагося до пользованія его опекунскими полномочіями и, въ крайнемъ случаѣ, къ полному устраненію его, какъ неблагонадежнаго. Требованіе обезпеченія возникло въ преторскомъ эдиктѣ I-го столѣтія по Р. Х.; примѣненіе его къ нѣкоторымъ случаямъ опеки по назначенію было, вѣроятно, позднѣйшаго происхожденія. Отъ опекуновъ по завѣщанію обезпеченіе не требовалось, ибо лучшая гарантія ихъ благонадежности состояла въ томъ, что они были избраны самимъ завѣщателемъ.

Утвержденіе опекуновъ.

10. Въ особомъ покровительствѣ завѣщательному назначенію опекуновъ государственная власть видѣла также средство для подрыва законной опеки родственниковъ. Такъ возникло во время имп. Клавдія утвержденіе опекуновъ (confirmatio) [525]). Могло случиться, что опекунъ былъ назначенъ въ завѣщаніи, но что это назначеніе почему-либо оказывалось недѣйствительнымъ; въ такомъ случаѣ, по ходатайству заинтересованныхъ лицъ и по надлежащемъ изслѣдованіи личныхъ качествъ назначеннаго лица, преторъ утверждалъ его опекуномъ.

Судебная отвѣтственность.

11. Сообразно со всѣмъ вышеизложеннымъ преобразовались постепенно взгляды на отвѣтственность опекуна, на его обязанности и полномочія и на его юридическое положеніе. Къ судебной отвѣтственности онъ призывался особымъ искомъ преторскаго происхожденія (a. tutelae) и «давалъ отчетъ во всемъ, что̀ сдѣлалъ, когда не долженъ былъ дѣлать, и во всемъ, чего не сдѣлалъ, отвѣчая при этомъ за злой умыселъ, неосторожность и за ту степень нерачительности, которую онъ не допустилъ бы въ своихъ собственныхъ дѣлахъ» [526]). Въ

[524]) *Gai.* I. 199. 200; *Inst.* I. 24; *Dig.* 27. 7; 46. 6; *Cod.* 5. 42 57.

[525]) *Dig.* 26. 3; *Cod.* 5. 29.

[526]) *Dig.* 27. 3. Этотъ искъ не былъ распространенъ относительно попечителей; попечители несли отвѣтственность по a. negotiorum gestorum — общему иску, возникавшему изъ отношеній по веденію чужихъ дѣлъ.

практикѣ этого иска выработался рядъ правилъ о томъ, какъ долженъ опекунъ дѣйствовать въ различныхъ случаяхъ,—какъ онъ долженъ управлять дѣлами малолѣтняго, вести его процессы, содержать его и воспитывать [527]). Другою почвою для развитія этихъ правилъ служилъ административный надзоръ за опекунами, который сталъ развиваться постепенно со стороны органовъ государственной власти. Законодательство, въ свою очередь, ограничило полномочія опекуновъ на распоряженіе опекаемымъ имуществомъ [528]). Имп. Северъ отнялъ, какъ у опекуновъ, такъ и у попечителей право отчужденія сельскихъ и подгородныхъ участковъ земли; исключеніе допускалось лишь въ случаѣ особыхъ уважительныхъ причинъ, и не иначе какъ съ разрѣшенія начальства. Константинъ распространилъ то же правило на городскіе участки и цѣнныя движимости, Юстиніанъ — на доходы съ опекаемаго имущества. Вмѣстѣ съ тѣмъ то же правило было распространено на самихъ молодыхъ людей моложе 25 лѣтъ (Конст.) и на попечителей сумасшедшихъ и расточителей (Юст.).—Въ гражданскомъ оборотѣ на опекуна смотрѣли какъ на представителя опекаемаго. Опека окончательно потеряла свои первоначальныя черты и преобразилась въ общественную должность (munus publicum) [529]). Такое преобразованіе провидѣлъ уже юристъ Сервій, когда, повторяя старое опредѣленіе опеки, онъ видоизмѣнилъ его многозначительнымъ прибавленіемъ. Опека, говорилъ онъ, есть власть надъ личностью малолѣтняго, установленная въ видахъ его защиты [530]).

Опека надъ женщинами.

§ 177. Но государство преобразовывало семейно-родовыя власти только въ тѣхъ случаяхъ, когда считало необходимымъ сохранить ихъ для какихъ-либо цѣлей; въ противномъ случаѣ оно просто отмѣняло ихъ. Такъ произошло съ опекою надъ взрослыми женщинами; постепенное паденіе этого института бы-

---

[527]) *Dig.* 26. 7; 27. 2.

[528]) *Dig.* 27. 9; *Cod.* 5. 71.

[529]) *Inst.* I. 25 pr.

[530]) *Dig.* 26. 1 fr. 1 pr.: Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

ло естественнымъ послѣдствіемъ развившагося индивидуализма. Повидимому, эманципація вдовы началась ранѣе эманципаціи дѣвушки: легче было нарушить опекунскія права агнатовъ съ мужчиной стороны, нежели права агнатовъ съ отцовской стороны. Уже въ VI стол. вдова могла сама выбирать себѣ опекуна (tutor optivus), если мужъ разрѣшилъ ей это въ своемъ завѣщаніи. Она получила также право дѣлать завѣщанія. Слѣдующія данныя относятся вообще къ опекѣ надъ женщинами. Юристы ограничивали вмѣшательство опекуна въ дѣла опекаемой совершеніемъ сдѣлокъ по *цивильному* праву [531]). Вскорѣ послѣ Цицерона вошло въ обычай, что преторъ принуждалъ опекуна дать свое согласіе на выходъ опекаемой въ замужество, если тотъ неосновательно противился этому. Вслѣдъ за тѣмъ образовалась coemptio tutelae evitandae causa (ср. стр. 268) Женщина, которая тяготилась своимъ опекуномъ-агнатомъ и желала перемѣнить его, поступала, съ его согласія (часто вынужденнаго преторомъ) подъ власть кого-нибудь другаго, принимавшаго на себя роль фиктивнаго мужа (coemptionator); потомъ этотъ фиктивный мужъ передавалъ ее другому лицу, по ея собственному выбору. Этотъ послѣдній отпускалъ ее на свободу въ формѣ vindicta и тогда, въ качествѣ вольноотпущенницы, она имѣла его своимъ опекуномъ, какъ патрона. Вмѣстѣ съ тѣмъ вошла въ употребленіе уступка опеки надъ женщиной однимъ лицомъ другому (tutela cessicia, стр. 153). Ясно, что опекунскія права стали казаться тягостными, не видя въ нихъ особой необходимости, никто не препятствовалъ отказу отъ нихъ. Зависимость женщины отъ опекуна представлялась все болѣе и болѣе пустою формальностью. Однако еще въ l. Iulia et Papia Poppaea (+9) освобожденіе изъ подъ опеки разсматривается какъ нѣкоторое дѣйствительное преимущество и имъ награждаются женщины, которыя произведутъ на свѣтъ трехъ, а вольноотпущенницы—четырехъ дѣтей. Lex Claudia (+45) отмѣнилъ наконецъ опеку агнатовъ надъ женщиной, оставивъ въ неприкосновенности опеку родителей и патро-

---

531) *Ulp.* 11 27

новъ [532]). Къ IV столѣтію по Р. Х. опека надъ взрослыми женщинами вышла, повидимому, совсѣмъ изъ употребленія.

Ограниченія имущественной власти отца.

§ 178. Какъ союзъ наиболѣе мелкій, семья долѣе рода сохранила свою замкнутость и исключительность. Довольно рано домовладыка получилъ судебный искъ для осуществленія своихъ правъ надъ лицами, ему подвластными [533]); такимъ образомъ его власть стала *гражданско*-правовымъ учрежденіемъ. Юридическая регламентація продолжала проникать въ семью и ея предметомъ стали сначала имущественныя, а потомъ и личныя отношенія домовладыки къ подвластнымъ. Старый обычай давать подвластнымъ лицамъ пекулій (стр. 26 сл.) былъ къ концу республики особенно развитъ относительно рабовъ и на этой почвѣ выработались въ имперіи три иска (a. de peculio, a. tributoria, a. de in rem verso), благодаря которымъ имущественная самостоятельность рабовъ, что касается до пекулія, получила нѣкоторое юридическое признаніе. Тѣ же иски прилагались къ подвластнымъ сыновьямъ и вообще къ дѣтямъ, когда отецъ давалъ имъ пекулій; для нихъ впрочемъ были важнѣе слѣдующія мѣры, принятыя въ смыслѣ расширенія ихъ имущественной самостоятельности [534]). При имп. Августѣ подвластный сынъ, состоящій на военной службѣ, получилъ право оставлять завѣщанія относительно имущества, которое онъ пріобрѣлъ на этой службѣ (peculium castrense). Имп. Нерва и Траянъ подтвердили постановленіе Августа, имп. Адріанъ распространилъ сказанную привиллегію на ветерановъ, т. е. на лицъ, оставившихъ военную службу [535]). Если послѣ сына - воина не оставалось никакого завѣщанія, то его «лагерное имущество» обращалось къ его отцу, какъ peculium; если же было завѣщаніе, то поступалось согласно съ этимъ послѣднимъ. Юристы распространили смыслъ первоначальной привиллегіи. Такъ, по Тертулліану, сынъ, независимо отъ отцовскаго соизволенія, долженъ полу-

---

532) *Gai.* I 157. 171; *Ulp.* 11. 8.
533) *Dig.* 6. 1 fr. 1 § 2; *Dig.* 43. 30; *Cod.* 8. 8.
534) *Dig.* 49. 17; *Cod.* 12. 36; 12. 30; 6. 60; *Cod. The.d.* 8. 18.
535) *Inst.* 2. 12 pr.; *Ulp.* 20. 10.

чать иски для защиты своихъ правъ, входившихъ въ составъ «лагернаго имущества». Этимъ признавались за нимъ опредѣленныя имущественныя права при самой его жизни. Ульпіанъ толкуетъ широко понятіе «лагернаго имущества». По его мнѣнію, сынъ можетъ расширить это имущество, помимо воли своего отца, принявъ наслѣдство, оставленное ему его сослуживцемъ или такимъ лицомъ, съ которымъ онъ сошелся на службѣ. По опредѣленію Мацера, peculium castrense есть все то, что́ сынъ получилъ отъ своихъ родителей и родныхъ, находясь на военной службѣ, а также что̀ онъ самъ пріобрѣлъ благодаря тому, что поступилъ на службу. На peculium castrense падали, съ другой стороны, всѣ долги его обладателя и притомъ независимо отъ того, какого происхожденія они были. Въ этомъ отношеніи не дѣлалось различія долговъ «лагерныхъ» и не лагерныхъ. Долги сына переходили на отца въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ принималъ peculium castrense послѣ смерти сына.—Далѣе при Юстиніанѣ было признано, что по смерти сына-воина, если онъ умиралъ безъ завѣщанія, его наслѣдниками выступали его дѣти и потомъ его братья и только при отсутствіи таковыхъ — отецъ. Такимъ образомъ кромѣ наслѣдованія по завѣщанію, послѣ подвластнаго сына сложился еще нѣкоторый порядокъ наслѣдованія по закону [536]).

Имп. Константинъ и другіе съ положеніемъ военно-служащихъ сравнили положеніе гражданскихъ и духовныхъ чиновъ; съ peculium castrense было сравнено имущество, пріобрѣтенное на гражданской или духовной службѣ (p. quasi-castrense) [537]).

Константинъ же основалъ третій видъ независимаго дѣтскаго имущества — bona adventitia. Имущество, доставшееся дѣтямъ послѣ матери, составляло собственность дѣтей; отецъ же имѣлъ право пользованія этимъ имуществомъ (ususfructus). При эманципаціи своей дѣти получали такое имущество въ собственныя руки, оставляя одну треть его въ пользу отца «въ благодарность» за его хлопоты. Юстиніанъ включилъ въ

---

536) *Inst.* 2. 12 pr.; *Nov.* 118, c. 1.

537) *Cod.* 12. 30; 1. 51 l. 7; 1. 3 l. 33; 3. 28 l. 37; *Inst.* 2. 11 § 6.

bona adventitia и то имущество, которое дѣти получали послѣ дѣда, бабки или другихъ восходящихъ родственниковъ. Подъ bona adventitia понимали вообще все то имущество, которое, не входя въ составъ прочихъ видовъ пекулія, пріобрѣталось дѣтьми со стороны, т. е. не на счетъ отца.

Итакъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ законодатель призналъ за подвластными сыновьями имущественную самостоятельность; юридическою она была на столько, на сколько защищалась судебными исками. Постепенно подвластный сынъ получилъ право искать въ гражданскомъ судѣ отъ своего имени, впрочемъ сначала—въ ограниченныхъ предѣлахъ. Дѣло началось съ того, что эдиктъ открылъ подвластному сыну искъ объ обидахъ (a. iniuriarum), если на лицо не было ни отца его, ни прокуратора этого послѣдняго [538]); потомъ юристы допустили для подвластнаго сына иски о воровствѣ и о причиненіи ущерба [539]), по договору поклажи [540]), займа [541]) и ссуды [542]). По Ульпіану, подвластный сынъ вообще могъ искать на судѣ, прибѣгая къ формулѣ in factum [543]). Вмѣстѣ съ тѣмъ отецъ пересталъ нести имущественную отвѣтственность за проступки сына [544]), который, если могъ, долженъ былъ самъ откупаться отъ кабалы [545]). — Такимъ образомъ выросла гражданская *правоспособность* подвластныхъ сыновей; они стали субъектами гражданскихъ правъ и, сталобыть, вошли въ составъ гражданскаго общества.

Ограниченія личной власти.

§ 179. Юридическая защита ихъ личности при такомъ движеніи была необходимымъ къ нему дополненіемъ. Продолжая дѣло предшествующаго времени (§ 14), императорскій періодъ создалъ новыя юридическія ограниченія личной власти надъ дѣтьми. Ульпіанъ думалъ, что отецъ не имѣетъ права убить сына, не выслушавъ его оправданій, но долженъ обви-

538) *Dig.* 47. 10 fr. 17 § 10.
539) *Dig.* 5. 1 fr. 18 § 1.
540) *Dig.* 16. 3 fr. 19.
541) *Dig.* 12. 1 fr. 17.
542) *Dig.* 44. 7 fr. 9.
543) *Dig.* 44. 7 fr. 13.
544) *Inst.* 4. 8 § 7.

нять его предъ префектомъ или начальникомъ провинціи [545]). Это мнѣніе Ульпіана изложено въ дигестахъ подъ рубрикой «ad legem Corneliam de sicariis» (671 г. u. c.), но изъ этого обстоятельства врядъ-ли слѣдуетъ заключить, что въ lex Cornelia содержалось какое-либо законодательное ограниченіе права отца на жизнь и смерть сына. Съ такими ограниченіями мы встрѣчаемся лишь въ императорское время. Имп. Адріанъ предписалъ ссылку тому отцу, который самовольно предастъ смерти сына, хотя бы преступнаго [546]). Имп. Александръ Северъ, въ 227 г., не отрицая права отца налагать на сына легкія наказанія, указалъ ему съ важными обвиненіями обращаться въ судъ [547]). Константинъ, въ 319 г., сравнилъ сыноубійство съ обыкновеннымъ убійствомъ (parricidium) [548]). Валентіанъ, въ 365 году, значительно ограничилъ домашнюю юрисдикцію отца и по отношенію къ другимъ наказаніямъ [549]). Еще гораздо раньше (ок. 100 г. по Р. Х.) имп. Траянъ предписалъ въ одномъ случаѣ освободить сына, съ которымъ отецъ обращался жестоко [550]).

Императоры боролись также съ продажею дѣтей. Уже Каракалла назвалъ ее дѣломъ непозволительнымъ и безчестнымъ [551]), Діоклетіанъ запретилъ совершенно (294 г.) [552]). Константинъ разрѣшилъ однако бѣднымъ родителямъ продажу новорожденныхъ (329 г.) [553]); въ этомъ случаѣ дѣло шло, повидимому, не объ отдачѣ дѣтей во временную кабалу (mancipium), но о полномъ отчужденіи отеческой власти.

Во всемъ движеніи, направленномъ къ освобожденію дѣтей, ясно просвѣчивалась еще старая идея, руководясь которой государство оказывало свое покровительство сыну, какъ сво-

---

545) *Dig* 42. 8 fr. 2.
546) *Dig.* 48. 9 fr. 5.
547) *Cod.* 8. 47. 3.
548) *Cod.* 9. 17. 1; *Cod. Theod.* 9. 15 1.
549) *Cod.* 9. 15. 1.
550) *Di.* 37. 12 fr. 5.
551) *Cod.* 7. 16. 1.
552) *Cod.* 4. 43. 1.
553) *Cod.* 4. 43. 2; *Cod. Th.* 5. 81.

ему настоящему или будущему слугѣ (воину, чиновнику). Законодательство по преимуществу говорило о сыновьяхъ и ихъ эманципація была преимущественно дѣломъ законодателя. Напротивъ эманципація дочерей совершалась главнымъ образомъ подъ вліяніемъ нравовъ; впрочемъ юристы, толкуя эдиктъ и законы, распространяли на дочерей постановленія, говорившія о сыновьяхъ.

XVIII.

Преобразованіе общественнаго строя и вліяніе этого преобразованія на гражданское право и на составъ гражданскаго общества.

(продолженіе).

II. Вліяніе измѣненій, послѣдовавшихъ во взаимномъ положеніи общественныхъ классовъ.

История правоспособности.

§ 180. По мѣрѣ постепеннаго паденія республиканскаго строя и политической свободы исчезали политическія прерогативы римскихъ гражданъ, отличавшія ихъ отъ перегриновъ; съ другой стороны, падало это важное различіе въ населеніи и въ отношеніи къ гражданскому праву. Послѣ распространенія силы общенароднаго права (ius gentium) на римскихъ гражданъ *римское* гражданское право состояло изъ двухъ частей, преемственно образовавшихся въ исторіи: изъ старой, ius civile, которая обнимала относительно малочисленныхъ гражданъ и перегриновъ, получившихъ commercium,—и изъ новой, ius gentium, обнимавшей всѣхъ,—какъ гражданъ, такъ и всѣхъ перегриновъ, находящихся на римской территоріи. *Всѣ* перегрины оказались введенными въ составъ римскаго гражданскаго общества, — именно въ той мѣрѣ, какъ это было обусловлено общенароднымъ правомъ и формулярнымъ судопроизводствомъ; но они были исключены изъ него въ той мѣрѣ, которая зависѣла отъ commercium и actio (§ 75). Теоретически оста-

валось еще большое различіе въ гражданскомъ положеніи гражданъ и перегриновъ; на дѣлѣ же оно было ничтожно, потому что старое квиритское право и старое судопроизводство, отживая свой вѣкъ, все болѣе и болѣе выходили изъ употребленія. Commercium и actio теряли свою прежнюю цѣну и отсутствіе ихъ почти не умаляло гражданской правоспособности. Commercium и обособившаяся часть его testamentifactio (право совершать римское завѣщаніе и пріобрѣтать по оному) еще даруются какъ отдѣльнымъ лицамъ, такъ особенно цѣлымъ классамъ лицъ (ius Latii, ius togae); но все это было послѣднимъ блескомъ гаснувшаго порядка великой старины. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія юридическихъ нормъ, положеніе иностранца, хотя и получившаго важную часть гражданской правоспособности, было далеко не равно положенію гражданина; но, съ точки зрѣнія дѣйствующаго правового порядка, граждане и иностранцы состояли почти въ полномъ равенствѣ, такъ какъ часть порядка, выражавшая неравенство, омертвѣла. И, по мѣрѣ того какъ омертвѣніе старыхъ юридическихъ нормъ продолжалось, сгладилось въ теченіи столѣтій и раздвоеніе гражданскаго общества. Ко времени Гая было позабыто старое судопроизводство (per legis actiones), къ Константину исчезли его послѣдніе слѣды. Формулярное судопроизводство пріобрѣло исключительное господство, одинаково примѣняясь для защиты какъ новыхъ, такъ и цивильныхъ (formulae in ius conceptae) правъ. Такимъ образомъ actio, какъ часть національно-гражданской правоспособности утратила всякое значеніе. Рядомъ съ этимъ теряло значеніе и commercium. Одни изъ сдѣлокъ и отношеній цивильнаго права выходили изъ употребленія (такъ, къ Константину исчезли манципація, in iure cessio, fiducia [354]), еще извѣстныя Гаю въ качествѣ живаго явленія права, другія преобразовывались въ духѣ новаго права (напр., стипуляція) и включались въ составъ ius gentium. Только testa-

[354]) Изъ нихъ манципація, потерявъ свое формальное значеніе, сохранилась въ качествѣ простой передачи, обставленной нѣкоторою торжественностью (solennis traditio), а фидуція замѣнилась куплею.

mentifactio пережила время Константина. Соответствующее всему этому процессу разрушенія, развитіе космополитической точки зрѣнія въ ущербъ національной и рядомъ съ нимъ паденіе значенія всего римскаго гражданства (въ политичическомъ отношеніи обусловленное паденіемъ свободы въ имперіи), привели къ тому, что уже императоръ Каракалла, руководясь отчасти фискальными соображеніями, издалъ законъ (lex Antoniana, 212 г.), которымъ достоинство римскаго гражданина было даровано всѣмъ свободнымъ обитателямъ римскаго государства [555]). Этотъ законъ какъ бы вновь слилъ политическую правоспособность, на этотъ разъ уже въ смыслѣ подданства, съ гражданскою правоспособностью, въ смыслѣ цивильной. Но на самомъ дѣлѣ онъ не внесъ существеннаго измѣненія въ порядокъ вещей, потому что политическая правоспособность утратила тогда національный характеръ, цивильная же обнимала весьма немногое. Ius gentium служило преобладающею системою гражданскаго права и правоспособность по ius gentium не была обусловлена, по прежнему, ни національнымъ происхожденіемъ, ни обладаніемъ политическою правоспособностью. Ко времени Юстиніана ius civile окончательно превратилось въ пустой звукъ, который былъ вычеркнутъ изъ кодекса. Такъ стерлось въ устройствѣ гражданскаго общества господство политической исключительности. Установленіемъ гражданской равноправности всего населенія, безъ различія его національнаго происхожденія, римское право приблизилось къ правовому порядку современныхъ намъ образованныхъ обществъ.

§ 181. Совсѣмъ иное произошло въ отношеніи къ другому общественному раздѣленію, столь характеризующему древнія обще-

---

555) Послѣ закона Каракаллы начало политической исключительности еще проявлялось со стороны Римлянъ по отношенію къ варварамъ, состоявшимъ на римской военной службѣ, и населенію вновь присоединенныхъ мѣстностей. Внутри имперіи римское право, во всемъ его объемѣ, было не только для всѣхъ доступно, но и обязательно. Это не мѣшало однако тому, что въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ населеніе слѣдовало своему родному праву; съ юридической точки зрѣнія, такой порядокъ имѣлъ характеръ то привиллегіи, то попущенія.

ства. Мы говоримъ о раздѣленіи всѣхъ лицъ на свободныхъ и рабовъ [556]). Въ этой области римское право, въ своихъ позднѣйшихъ образованіяхъ, немногимъ чѣмъ отступило отъ старыхъ принциповъ, и во всякомъ случаѣ отступленія, въ въ той мѣрѣ, въ какой они случились, клонились не къ лучшему, но къ худшему. По прежнему, юридическая регламентація скользила лишь по поверхности жизни и не достигала своей цѣли, — ни тамъ, гдѣ стремились ограничить свободу (законодательство о вольноотпущенникахъ), ни тамъ, гдѣ желали защитить попранную личность (законодательство о рабахъ).

Вольноотпущенники.

Начнемъ съ вольноотпущенниковъ. Какъ мы знаемъ, издревле отпущеніемъ раба на волю открывался для него путь къ вступленію въ среду свободнаго общества. Юридическіе способы къ тому были различны. Вмѣстѣ съ своимъ господиномъ рабъ являлся къ магистрату, производившему цензъ и, съ согласія господина, заносился въ списокъ римскихъ гражданъ (manumissio censu) [557]); или передъ магистратомъ, завѣдующимъ судомъ, затѣвался кѣмъ-либо мнимый процессъ о свободѣ даннаго раба, господинъ его не оспаривалъ утвержденія своего противника и, по судебному рѣшенію, рабъ объявлялся свободнымъ (manumissio vindicta) [558]). Къ древнѣйшимъ формамъ слѣдуетъ причислить, наравнѣ съ приведенными, отпущеніе завѣщаніемъ (m. testamento), извѣстное закону XII таблицъ [559]), и отпущеніе посредствомъ усыновленія, (adoptio) [560]), употреблявшееся, вѣроятно, въ исключительныхъ случаяхъ. Въ концѣ республики образовалось нѣсколько упрощенныхъ формъ отпущенія на волю: господинъ писалъ рабу съ объявленіемъ о его свободѣ (per epistolam), объявлялъ раба свободнымъ въ присутствіи своихъ друзей (inter amicos),

---

556) Для нижеслѣдующаго по этому предмету см. сочиненія, указанныя въ примѣчаніяхъ 20 и 32 и сверхъ того *Voigt*, II, стр. 706 — 749 и IV § 3; *Pernice*, стр. 113—158.

557) *Ulp.* 1. 8; *Cerv. Scaev.* § 17 сл.

558) *Ulp.* 1. 7; *Liv.* 2. 5 i. f.; 41. 9; *Festus:* sertorem; *Dig.* 40. 2.

559) *Ulp.* 1. 9; 2. 7; *Gai.* II. 267; *Dig.* 40. 4.

560) *Inst.* 1. 11 § 12.

допускалъ его къ своему столу. Сначала преторъ, и потомъ законъ (l. Iunia Norbana, 19 г.?) сообщили этимъ актамъ юридическую силу [361]. Рядомъ со введеніемъ новыхъ формъ упрощались и древнія формы. Такъ, напримѣръ, при отпущеніи на волю предъ магистратомъ перестали стѣсняться условіями мѣста и времени и постепенно сократили и уничтожили торжественную обрядность акта [562]). Сирійско-римскій сборникъ упоминаетъ объ освобожденіи рабовъ предъ свидѣтелями [563]). Константинъ учредилъ способъ отпущенія на волю въ церкви [564]). Юристы императорскаго времени вообще всякое сомнѣніе относительно дѣйствительности того или другаго способа рѣшали въ пользу свободы и допускали даже нѣкоторые виды молчаливаго отпущенія. Такъ, напримѣръ, рабъ признавался свободнымъ, если господинъ называлъ его въ завѣщаніи своимъ сыномъ, или уничтожалъ документы, закрѣпившіе его за нимъ и т. п. — Рабское происхожденіе оставляло на человѣкѣ пятно, которое смывалось лишь чрезъ нѣсколько поколѣній. Юристы различали среди гражданъ свободнорожденныхъ (ingenui) и вольноотпущенниковъ (libertini). Въ семьѣ, въ государствѣ и въ гражданскомъ обществѣ вольноотпущенникъ занималъ положеніе низшее, чѣмъ полноправный гражданинъ. Самое пріобрѣтеніе свободы не давалось ему даромъ. Отъ усмотрѣнія господина зависѣло возложить на отпущенника, при самомъ освожденіи его на волю, разныя обязательства, напримѣръ, уплату денежной суммы или совершеніе какого-либо дѣйствія [565]). Въ завѣщательныхъ распо-

---

561) *Gai.* III. 56; *Ulp.* 1. 10; *Cerv. Scaev.* § 7.

562) *Dig.* 40. 2 fr. 7 (Гай): Non est omnino necesse pro tribunali manumittere: itaque plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul legatusve Caesaris; — *Dig.* 40. 2 fr. 23 (Гермог.) Manumissio per lictores hodie domino tacente expediri solet, et verba solemnia licet non dicantur, ut dicta accipiuntur. — *Dig.* 40. 2 fr. 8. (Ульп.). Ego cum in villa cum praetorem fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset.

563) Das syrisch-römische Rechtsbuch, l. 21.

564) *Cod.* 1. 13.

565) *Dig.* 38. 1.

ряженіяхъ было въ ходу условное отпущеніе, въ силу котораго рабъ получалъ свободу лишь по исполненіи обязательствъ, возложенныхъ на него завѣщателемъ. Такой условно-отпущенный рабъ до тѣхъ поръ, пока не наступала его свобода, назывался statuliber. Это положеніе пользовалось нѣкоторымъ покровительствомъ [566]).

Ихъ правоспособность.

§ 182. Несмотря на всѣ перечисленныя и нѣкоторыя другія ограниченія (имѣвшія особенное значеніе въ области государственнаго права), что касается до гражданской правоспособности вольноотпущенника, то издревле онъ сразу становился полноправнымъ членомъ гражданскаго общества, если только господинъ, отпустившій его на волю, былъ самъ полноправный гражданинъ. Такое явленіе свидѣтельствуетъ еще разъ о близости, которая существовала въ древнѣйшемъ Римѣ въ отношеніяхъ свободныхъ и рабовъ, несмотря на все различіе ихъ положенія (выше, § 10). Тогда самое отпущеніе на волю происходило лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда, по сложившимся воззрѣніямъ и обычаямъ, рабъ, дѣйствительно, заслуживалъ свободы, такъ что вступленіе его въ ряды гражданъ не могло встрѣтить съ ничьей стороны серьознаго протеста. — Съ V вѣка обстоятельства измѣнились. Положеніемъ вольноотпущенниковъ начали играть политическіе дѣятели въ видахъ осуществленія своихъ личныхъ цѣлей или цѣлей своей партіи, и мѣры, принятыя государствомъ въ качествѣ противодѣйствія такому движенію, привели къ раздѣленію вольноотпущенниковъ на разряды, которое отразилось на ихъ гражданской правоспособности. Все это произошло слѣдующимъ образомъ. Издревле вольноотпущенники были лишены права на занятіе высшихъ государственныхъ должностей (ius honorum) и ограничены въ правѣ участія въ народныхъ собраніяхъ: вмѣстѣ съ другими низшими слоями народонаселенія, они вносились въ списки исключительно четырехъ городскихъ округовъ (трибъ) и такимъ образомъ вовсе не вліяли на голосованіе сельскихъ округовъ. Но, начиная съ извѣстнаго Аппія Клавдія, цензоры нерѣдко распространя-

---

566) *Dig.* 40. 7.

ли вольноотпущенныхъ по всѣмъ округамъ, дабы, опираясь на толпы кліентовъ, руководить дѣйствіями народныхъ собраній. Другіе цензоры, сообразно съ своими политическими взглядами, возвращались не разъ къ старому порядку и вновь сосредоточивали вольноотпущенниковъ въ городскихъ округахъ. Происходило постоянное и произвольное колебаніе въ политическомъ значеніи отпущенниковъ,—колебаніе, которое отнюдь не способствовало воспитанію въ нихъ гражданскихъ доблестей. Рядомъ съ этимъ непомѣрно росло самое число ихъ. Въ ихъ многочисленности господа усматривали вѣрное средство къ тому, чтобы имѣть успѣхъ въ народныхъ собраніяхъ, въ особенности во время выборовъ, и получать львиныя доли при даровой раздачѣ хлѣба отъ государства. Потеря, которая происходила отъ освобожденія рабовъ, наверстывалась тяжкими обязательствами, обременявшими не по силамъ невольнаго должника при самомъ отпущеніи его на волю. Отпущеніе на волю производилось безъ строгаго разбора достоинства отпускаемыхъ лицъ. Римское общество наполнилось новыми гражданами, изъ которыхъ многіе—были иноземцы и вовсе незнакомы съ условіями государственной жизни. Особенный, и не менѣе вредный въ политическомъ отношеніи, характеръ пріобрѣло отпущеніе на волю посредствомъ завѣщаній. Ради одного тщеславія завѣщатели предписывали поголовное освобожденіе всѣхъ своихъ рабовъ, снабжая такимъ образомъ родину заразъ массою непрошенныхъ гражданъ.

Разумѣется, не въ самомъ фактѣ многочисленнаго освобожденія заключался истинный корень зла. Зло лежало въ недостаткахъ всей политической системы, которая не въ состояніи была принаровить республиканскія учрежденія къ расширившейся территоріи государства и его умножившемуся народонаселенію; но близорукій политикъ, каковымъ былъ Римлянинъ конца республики, былъ способенъ лишь на непосредственное противодѣйствіе явленіямъ, которыя поражали его непріятно. Въ видахъ такого противодѣйствія возникъ рядъ законодательныхъ мѣръ. Публиліевъ законъ (l. Publilia, 519 г.?) выступилъ противъ вымогательствъ, которые патро-

ны позволяли себѣ относительно кліентовъ по поводу сатурналій; незадолго предъ 640 г. преторъ Друзъ отнесся строго къ вѣроломнымъ кліентамъ. Онъ постановилъ, что если отпущенникъ, по отпущеніи на волю, отказывался подтвердить клятвенно тѣ обязательства, которыя предварительно были выговорены у него за дарованіе свободы, то онъ въ наказаніе лишается на судѣ всякой защиты этой свободы. Но вслѣдъ за тѣмъ, въ 643 году, преторъ Рутилій Руфъ, возбудившій гнѣвъ всадническаго сословія и изгнанный изъ отечества, первый въ своемъ эдиктѣ сдѣлалъ предметомъ точной регламентаціи отношенія патрона и кліента, по обязательствамъ этого послѣдняго предъ первымъ взамѣнъ полученной свободы; именно, притязанія патрона были облечены въ форму исковъ: a. operarum и a. pro socio [567]. Потомъ въ эдиктѣ сформировалась exceptio onerandae libertatis; она давалась отпущенному противъ тѣхъ стипуляцій, по которымъ онъ обѣщалъ что-либо патрону изъ страха, чувствуя себя въ чемъ-либо виновнымъ предъ нимъ [568]. Позднѣе императоры и юристы дѣйствовали въ томъ же направленіи. Рядомъ съ этимъ обнаружилось теченіе инаго рода. Законъ, изданный въ 8 г. по Р. Х. (lex Fufia Caninia) и отмѣненный только при Юстиніанѣ, запретилъ поголовное освобожденіе рабовъ въ завѣщаніяхъ, ограничивая таковое извѣстною частью. Рабы освобождались не иначе какъ поименнымъ обозначеніемъ ихъ въ завѣщаніи; изъ десяти рабовъ освобождалось не болѣе половины, изъ 11—30 не болѣе трети, изъ 31—100 не болѣе четверти, изъ высшаго числа не болѣе одной пятой части и ни въ какомъ случаѣ не болѣе ста [569]. Другіе законы (lex Aelia Sentia + 4 и lex Iunia + 19) [570] установили различіе въ гражданскомъ положеніи отпущенниковъ. Для того чтобы сдѣлаться полноправнымъ гражданиномъ (civis), отпущенникъ долженъ удовлетворить тремъ усло-

l. Fufia.

l. Aelia Sentia и друг.

---

567) *Dig.* 38. 2 fr. 1 § 1.

568) *Dig.* 44. 5 fr. 1 § 5; *Dig.* 38. 1 fr. 32.

569) *Gai.* I. 42–46, II. 228. 239; *Ulp.* 1. 24—25; *Paul.* IV. 14; *Inst.* I. 7; *Cod.* 7. 3.

570) *Gai.* I. 13—41 и друг. — *Ulp.* 1. 10—15; *Inst.* 1. 5 § 3.

віямъ: вопервыхъ,—имѣть 30 лѣтъ отъ роду; вовторыхъ,—принадлежать господину на правѣ квиритской собственности; втретьихъ,—быть отпущеннымъ vindicta, censu или testamento. Самъ господинъ долженъ быть не моложе 20 лѣтъ. Всѣ четыре условія — отчасти тенденціозныя, избранныя съ цѣлью ограничить число полноправныхъ гражданъ изъ вольноотпущенниковъ. Но, съ другой стороны, въ выборѣ этихъ условій усматривается извѣстный консерватизмъ, преклоненіе предъ стариной, которое не дозволяло лишать правоспособности того, кто получалъ ее по старому праву. Вольноотпущенники могли стать полноправными гражданами и не достигнувъ 30-тилѣтняго возраста, но лишь посредствомъ vindicta, и тогда, когда они являлись по отношенію къ господину (который въ этомъ случаѣ могъ быть и моложе 20 лѣтъ) родителемъ, сыномъ или дочерью, братомъ или сестрою, кормильцемъ, педагогомъ, управляющимъ, невѣстою, спасителемъ и т. п. Для констатированія этихъ обстоятельствъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ (causae probatio) былъ учрежденъ особый совѣтъ изъ 5 сенаторовъ и 5 всадниковъ въ Римѣ и изъ 20 гражданъ—въ провинціяхъ. — Въ противоположность перечисленнымъ лицамъ тѣ вольноотпущенники, которые въ бытность свою рабами были скованы, заклеймены, подвергались пыткѣ или предназначались на гладіаторство, становились въ ряды дедитиціевъ. Такъ назывался низшій разрядъ отпущенниковъ, образованный по аналогіи первоначальныхъ дедитиціевъ (выше, § 76). Эти отпущенники совсѣмъ не имѣли гражданскихъ правъ (по древнему квиритскому праву, но не по ius gentium), считались не выше иностранцевъ и должны были держаться на сто тысячъ шаговъ за чертою Рима. Ихъ появленіе въ городѣ влекло для нихъ потерю свободы навсегда. Будучи вторично отпущены на волю, такіе рабы не получали ея, но поступали въ разрядъ рабовъ римскаго народа.—Наконецъ всѣ остальные отпущенники, не подходившіе ни подъ одинъ изъ двухъ описанныхъ классовъ, зачислялись въ средній классъ—Латиновъ (Latini Iuniani). Ихъ гражданская правоспособность ограничивалась въ томъ отношеніи, что они не могли ни оставлять завѣщаній, ни пріобрѣтать по нимъ. Какъ

вольноотпущенники - дедитиціи составляли подобіе прежнихъ дедитиціевъ, такъ и вольноотпущенники - Латины были образованы по образцу одного изъ разрядовъ прежнихъ союзниковъ. Сенатусконсультомъ было дозволено, по достиженіи латинянами 30-ти-лѣтняго возраста, повторять надъ ними актъ манумиссіи съ цѣлью возведенія ихъ въ римское гражданство (iteratio). Эта цѣль достигалась, если на лицо были остальныя условія, которыя, какъ показано выше, требовались для того, чтобы вольноотпущенникъ становился гражданиномъ [571]).

Раздѣленіе вольноотпущенниковъ на три разряда пережило реформу Каракаллы (стр. 436) и было отмѣнено только при Юстиніанѣ [572]), съ чѣмъ вмѣстѣ исчезло и самое раздѣленіе гражданъ на свободнорожденныхъ и вольноотпущенниковъ, — мѣра, которая, съ окончательнымъ исчезновеніемъ республиканскаго строя, не представляла, конечно, ни особой важности, ни затрудненій при своемъ примѣненіи.

Положеніе рабовъ.

§ 183. Впрочемъ мы видимъ изъ этого, что отпущенники достигли подъ конецъ положенія, равнаго съ положеніемъ прочихъ гражданъ, не смотря на то, что законодательство долгое время стремилось къ противоположному результату. Совершенно обратное представляла исторія рабства. Въ своемъ мѣстѣ (стр. 34) былъ показанъ жесткій взглядъ древнѣйшаго права на раба, которое не признавало въ немъ ничего кромѣ вещи; но, какъ мы видѣли, этотъ взглядъ далеко не выражалъ бытовой дѣйствительности, въ которой рабъ признавался до нѣкоторой степени и членомъ семьи, и личностью. Еще Цицеронъ, находясь подъ очевиднымъ вліяніемъ Аристотеля, выражался о рабахъ, какъ о вещахъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ отличался, повидимому, человѣчнымъ обращеніемъ съ ними [573]). Но постепенно жизнь устраняла это разнорѣчіе. По мѣрѣ расширенія римскаго государства и его торговыхъ сношеній умножилось количество рабовъ въ Римѣ. Увеличилось число военноплѣнныхъ; послѣ побѣды или взятія враждебнаго города де-

[571]) *Ulp.* 3. 4.
[572]) *Cod.* 7. 5; 7. 6; *Inst.* 1. 5 § 3.
[573]) См. у *Marquardt*'а, указ. соч., стр. 187, примѣч. 6.

сятки и сотни тысячъ мужчинъ и женщинъ продавались въ рабство квесторомъ (sub hasta или sub corona venire). Разбойники сухопутные (grassatores) и морскіе (изъ числа послѣднихъ особенно прославились Киликійцы, могущество которыхъ было уничтожено Помпеемъ) захватывали не мало свободныхъ людей, поставляя ихъ на невольничіе рынки. Были также лица, добровольно обращавшіяся въ рабство, или же лишенныя свободы въ наказаніе (capitis deminutio maxima). Изъ этихъ источниковъ наполнялся невольничій рынокъ. Возникла правильная торговля рабами, рабы стали не только предметомъ собственности, но и товаромъ. Въ домахъ, гдѣ прежде ограничивались немногими рабами, ихъ появились сотни и тысячи. Общее число рабовъ въ Италіи должно считать для этого времени уже милліонами. Исчезли и другія условія, которыя встарину благопріятствовали хорошему положенію рабовъ. Изъ кратковременнаго рабское состояніе превратилось въ пожизненное и наслѣдственное. Рабы, происходя изъ всѣхъ народовъ извѣстнаго тогда міра, были чужды Римлянамъ во всѣхъ отношеніяхъ. Гражданинъ относился къ своему рабу вообще какъ къ существу низшему, какъ къ животному. Рабъ содержался не только въ качествѣ орудія сельскаго хозяйства, но и какъ орудіе личныхъ прихотей, необходимая принадлежность роскошной жизни. Сообразно съ этимъ рабы раздѣлялись на двѣ главныя категоріи: сельскихъ (familia rustica) и городскихъ (f. urbana). Особенно приниженнымъ и тяжелымъ представляется положеніе сельскихъ рабовъ. Они удалены отъ господина и подчинены произволу старосты (villicus) изъ рабовъ, преслѣдующаго свои личные интересы. Сдерживаемые однимъ страхомъ жестокихъ наказаній, перемѣченные (обыкновенное наказаніе покушавшихся на бѣгство), закованные въ цѣпи, или опутанные въ веревки, они выгоняются утромъ на работу и къ вечеру загоняются гуртомъ на ночлегъ въ сараи, находящіеся подъ бдительною охраною. Не лучше было положеніе многихъ рабовъ въ самомъ городѣ. Личное сближеніе съ господиномъ открывало рабамъ, исполнявшимъ высшія должности (учители, воспитатели, врачи, секретари и т. п.), нѣкоторыя обезпеченія, но обыкно-

венную массу ихъ оно не спасало ни отъ цѣпей, ни отъ ужасовъ разврата или гладіаторства. Будучи въ древнѣйшее время необходимымъ условіемъ общественности, рабство стало врагомъ ея, представляя собою чудовищный институтъ, полный крови, слезъ, всякихъ ужасовъ насилія и страданій. Развитіе общественности бываетъ совмѣстимо съ раздѣленіемъ населенія на неравноправные классы, когда отдѣльные члены классовъ во взаимномъ обхожденіи своемъ выражаютъ именно ту степень неравенства, которая требуется даннымъ состояніемъ общества и отвѣчаетъ нравственнымъ понятіямъ отдѣльныхъ лицъ; но когда обхожденіе переходитъ этотъ предѣлъ неравенства, тогда это послѣднее становится врагомъ общественности, развивая узкій эгоизмъ и жестокосердіе, съ одной стороны, притупленіе и ожесточеніе—съ другой.

Юридическое воззрѣніе на рабовъ.

§ 184. Время наибольшаго развитія этого ненормальнаго состоянія рабства въ Римѣ совпадаетъ съ временемъ конца республики и начала имперіи. Потомъ, съ прекращеніемъ завоеваній и уничтоженіемъ разбойничьихъ шаекъ, изсякли источники рабства; количество рабовъ относительно уменьшилось и положеніе ихъ, хотя немного, поднялось. Философія стоиковъ и религіозное ученіе христіанъ вліяли въ томъ же направленіи. Сенека училъ, что рабъ есть младшій братъ, и что въ немъ слѣдуетъ уважать человѣческое достоинство. Подъ вліяніемъ стоицизма юристы провозгласили, что отъ природы всѣ люди свободны и равны, и что только гражданская жизнь раздѣлила людей на свободныхъ и рабовъ [574]). Подобно этому апостолъ Павелъ, предписывая рабамъ повиновеніе по отношенію къ господамъ, не разъ выражаетъ ту мысль, что предъ лицомъ Господа нѣтъ ни раба, ни свободнаго, но всѣ—одно [575]). Тѣмъ же взглядомъ проникнуто ученіе отцовъ церкви. Подъ вліяніемъ такихъ воззрѣній въ образованнѣйшихъ домахъ устанавливается человѣчное обращеніе

---

[574]) *Dig.* 50. 17 fr. 32:. .. quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt; *Dig.* 1. 5 fr. 4 § 1: Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur; *Inst.* 1. 2 § 2.

[575]) Посл. къ Ефес. VI, 5—11; къ Галатамъ III. 28; Первое къ Коринѳ. XII. 13; къ Колосс. III. 11.

Законодательство.

съ рабами. Рядъ юридическихъ мѣръ былъ направленъ къ тому, чтобы охранить рабовъ отъ произвола и жестокости господъ. Lex Claudia (+ 47) за непопеченіе о больномъ рабѣ наказываетъ господина потерею его власти: рабъ освобождается и зачисляется въ одинъ изъ разрядовъ неполноправныхъ гражданъ (Latinus Iunianus [576]). Lex Petronia (+ 61) запрещаетъ употреблять рабовъ на публичные бои съ животными [577]). Sc. ad legem Petroniam (+ 121) имп. Адріана запрещаетъ господамъ, подъ страхомъ уголовнаго наказанія, самовольное убійство провинившихся рабовъ, заключеніе ихъ въ домашнія тюрьмы (ergastura), продажу для проституціи и гладіаторскихъ игръ [578]). Антонинъ Благочестивый узаконилъ обычай, по которому угнетаемые рабы искали убѣжища въ храмахъ и у статуй императоровъ, и предписалъ подвергать господъ за убійство своихъ и чужихъ рабовъ наказанію по lex Cornelia de sicariis, а въ случаяхъ жестокаго обращенія съ рабами продавать этихъ послѣднихъ въ другія руки [579]). Въ этомъ случаѣ угнетенные должны были обращаться съ жалобою къ префекту города. Септимій Северъ распространилъ такое право жалобы на случаи, когда рабынѣ грозила продажа для публичной проституціи [580]). Господа, обратившіеся къ христіанству, отпускали рабовъ на волю въ большомъ числѣ. Христіанскія общины, съ своей стороны, способствовали этому тѣмъ болѣе, что на епископовъ, священниковъ и почетнѣйшихъ христіанъ въ округѣ самими законами возлагалось часто содѣйствіе выкупу угнетенныхъ рабовъ. Позднѣе, въ Византійской имперіи, монастыри служили удобнымъ убѣжищемъ для большаго числа бѣглыхъ рабовъ. Рядъ мѣръ былъ направленъ также къ подавленію гладіаторскихъ игръ и проституціи. Такъ, Константинъ на Востокѣ (325) и Гонорій на Западѣ (395) выступили противъ гладіаторскихъ игръ [581]), противъ

---

576) *Dig.* 40. 8 fr. 2; *Cod.* 7. 6 l. 1 § 3

577) *Dig.* 48. 8. fr. 11 § 2.

578) См. у *Voigt'*а, IV, примѣч. 27.

579) *Gai.* I. 53.

580) *Dig.* 1. 12 fr. 1 § 8.

581) *Cod. Theod.* 15. 12.

которыхъ особенно возставали отцы церкви. Константинъ же приравнялъ умышленное убійство раба къ убійству свободнаго человѣка [582]). Нѣсколько законовъ Льва, Ѳеодосія и Юстиніана запретили отдавать рабынь силою на сцену, держать въ частныхъ домахъ игральщицъ на флейтѣ, подвергать рабынь проституціи [583]).

Трудно опредѣлить съ точностью, въ какой именно степени перечисленныя юридическія мѣры достигли своего назначенія. Относительно гладіаторскихъ игръ извѣстно, что они не исчезли съ ихъ запрещеніемъ, и на Востокѣ, напримѣръ, продержались до Ѳеодосія. Законы, направленные противъ проституціи, оставались мертвою буквою. Значеніе прочихъ мѣръ не могло подняться выше слабаго палліатива, и человѣколюбивое обращеніе съ рабами, если и водворялось, то не законами, но только нравами. Какъ прежде, такъ и теперь былъ нѣкоторый разладъ между нормами и дѣйствующимъ порядкомъ. Только прежде суровость нормы сопровождалась мягкостью нравовъ, теперь же наоборотъ мягкія предписанія разбивались о жестокость жизни. Во всякомъ случаѣ юридическое міровоззрѣніе не ограничилось вышеприведенными мѣрами. За извѣстными категоріями рабовъ были признаны настоящія гражданскія правомочія. Такъ, рабъ, принадлежащій не частному лицу, но римскому народу (servus publicus), имѣетъ право завѣщательнаго распоряженія половиною своего имущества [584]). Изъ примѣра Плинія извѣстно, что завѣщанія рабовъ допускались также нѣкоторыми господами изъ частныхъ лицъ [585]). Свободный, обращенный въ рабство въ наказаніе (servus poenae), пріобрѣтаетъ отказъ, сдѣланный въ его пользу на его содержаніе (legatum alimentorum [586]). По предписанію Юстиніана (531 г.), рабъ пріобрѣтаетъ всякій легатъ даже тогда, когда съ нимъ не связано

Правоспособность рабовъ.

582) *Cod.* 9. 14.
583) *Cod. Theod.* 15. 7 l. 5—10; *Cod.* 1. 4. l. 14; l. 33.
584) *Ulp.* 20. 16.
585) *Plin.* Ep. 8. 16. 1.
586) *Dig.* 34. 1 fr. 11. *Dig.* 34. 8 fr. 3 pr.

пріобрѣтеніе свободы [587]). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, именно въ спорахъ, направленныхъ къ признанію рабыни свободною, она допускается къ личному ходатайству въ судѣ [588]) и т. п. Болѣе посредственнымъ характеромъ отличаются слѣдующія льготы. Нѣкоторымъ отношеніямъ, возникшимъ во время состоянія лица въ рабствѣ, придается юридическое значеніе тогда, когда рабъ получаетъ свободу. Такъ, при опредѣленіи родства вольноотпущенниковъ въ брачномъ, наслѣдственномъ и процессуальномъ правѣ принимается въ разсчетъ родство, которое образовалось во время рабскаго состоянія (servilis cognatio): запрещается бракъ между такими близкими родственниками [589]), устанавливается между ними право наслѣдованія [590]); запрещается нисходящимъ призывать къ суду восходящихъ, безъ разрѣшенія претора [591]). Обязательственныя отношенія, въ которыя вступали рабы во время несвободы, признавались по отпущеніи ихъ на волю за «естественныя» обязательства (obligationes naturales [592]). Этотъ родъ обязательствъ не защищался искомъ, но обладалъ нѣкоторою иною, не полною защитою. Въ нѣкоторыхъ же случаяхъ изъ подобныхъ отношеній возникали даже настоящіе иски: a. de dolo [593]), a. depositi in factum concepta [594]), a. mandati и a. neg. gestorum [595]),

---

587) *Cod.* 6. 27 l. 5 § 2.

588) *Cod.* 4. 56 l. 1 (223 г.), 7. 6 l. 1 § 4 и друг.

589) *Dig.* 23. 2 fr. 8 (Pomp.)

590) *Inst.* 3. 6 § 10, ср. *Voigt*, III, стр 1226 сл.

591) *Dig.* 2. 4 fr. 4 § 3 (Labeo).

592) *Dig.* 44. 7 fr. 14 (Ulp.)

593) *Dig.* 4. 3. fr. 7 § 8: Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio: manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit locum habere de dolo actionem ср. и далѣе.

594) *Dig.* 16. 3 fr. 21 § 1: Plus Trebatius existimat, etiamsi apud servum depositum sit et manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum....

595) *Dig.* 3. 5 fr. 16: (Ulp.).. si quid conexum fuit, ut separari ratio eius quod in servitute gestum est ab eo quod in libertate gessit non possit: constat venire in iudicium vel mandati vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est; ср. и далѣе.

a. praescriptis verbis [596]), e. doli mali [597]). Точно такъ же деликты рабовъ рождали обязательства, по которымъ они должны были отвѣчать послѣ своего освобожденія на волю [598]).

§ 185. Наконецъ была область, гдѣ обязательства раба имѣли юридическое значеніе съ самаго момента своего возникновенія; но искъ по такому обязательству кредиторъ долженъ былъ предъявлять не къ рабу, а къ его господину. Это — область отношеній по пекулію. Старый обычай давать рабамъ пекулій никогда не терялъ своего дѣйствія; только въ эпоху особеннаго увеличенія численности рабовъ немногіе изъ нихъ могли пользоваться такимъ вниманіемъ со стороны своихъ господъ. Понятно, что господа удѣляли рабамъ пекулій въ своихъ же собственныхъ интересахъ и на самостоятельное хозяйство раба смотрѣли какъ на доходную статью. Еще Катонъ давалъ своимъ рабамъ деньги на пріобрѣтеніе и воспитаніе малолѣтнихъ рабовъ и потомъ покупалъ по сходной цѣнѣ такихъ воспитанниковъ для себя. Другіе покупали у своихъ рабовъ разные хозяйственные припасы, находя такое пріобрѣтеніе ихъ выгоднѣе, чѣмъ покупку на рынкѣ. Цицеронъ свидѣтельствуетъ объ одномъ лицѣ, что онъ купилъ для своего раба аптеку; съ развитіемъ въ обществѣ промышленнаго духа господа стали довѣрять своимъ рабамъ веденіе различныхъ заведеній и предпріятій. Юристы называли пекуліемъ такое имущество, которому рабъ, съ согласія своего господина, ведетъ особый счетъ [599]). Это имущество увеличивалось и уменьшалось; изъ него рабъ платилъ господину выкупъ за свою свободу. Постоянно пекулій давалъ рабу поводъ вступать въ обязательства какъ со своимъ го-

---

596) *Cod.* 4. 14 l. 3 (222 г.): Promissae tibi pecuniae a servo tuo, ut eum manumitteres, si posteaquam manumisisti, stipulatus ab eo non es, adversus eum petitionem per in factum actionem habes.

597) *Dig.* 2. 14 fr. 1 § 18: Sed si quis, ut supra rettulimus, in servitute pactus est, negat Marcellus, quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem: quod in pacti exceptione admittendum est. sed an vel doli ei prosit exceptio, quaeritur. Marcellus in similibus speciebus licet antea dubitavit, tamen admisit...

598) *Dig.* 44. 7 fr. 14.

599) *Dig.* 15. 1 fr. 5 § 4.

сподиномъ, такъ и съ третьими лицами. Временныя обязательства раба и господина основывались на ихъ личномъ довѣріи другъ къ другу и были всецѣло изъяты изъ юридической области; но нельзя было отнестись такимъ же образомъ къ обязательствамъ раба предъ третьими лицами. Вступая въ сдѣлку съ рабомъ, который, съ согласія господина, велъ особое хозяйство, каждый полагался на то, что господинъ приметъ на себя послѣдствія сдѣлки. Преторъ призналъ, что господинъ отвѣтственъ за обязательства, которыя рабъ приметъ на себя по дѣламъ своего пекулія; отвѣтственность не должна была превышать тѣхъ размѣровъ, которые имѣлъ пекулій въ моментъ судебнаго приговора. Кромѣ того требованія самого господина, возникшія изъ того же источника, удовлетворялись прежде другихъ требованій. Для исторіи юридическихъ идей характеристично, какъ формулировали юристы это послѣднее положеніе. Сначала они принимали, что долги раба господину сами собой уменьшаютъ, въ соотвѣтственной степени, размѣръ пекулія; потомъ въ господинѣ признали кредитора раба, съ преимущественнымъ, предъ другими, правомъ требованія [600]). Искъ, который служилъ въ описанномъ случаѣ кредиторамъ раба назывался actio de peculio [601]); какъ сказано, отвѣтчикомъ по этому иску являлся господинъ. Два другіе иска служили дальнѣйшимъ развитіемъ той же идеи. Если пекулій былъ данъ рабу для веденія какого-либо промышленнаго или торговаго предпріятія, то кредиторы его имѣли противъ господина actio tributoria [602]) и требованіямъ самого господина не давалось никакого преимущества предъ требованіями прочихъ лицъ; если рабъ, имѣвшій пекулій, вступалъ въ обязательственную сдѣлку съ третьимъ лицомъ, но пріобрѣтенное по такой сдѣлкѣ не вносилъ въ пекулій, а отдавалъ своему господину, то кредиторъ по сдѣлкѣ имѣлъ противъ этого послѣдняго actio de in rem verso [603]) и оспо-

---

600) *Dig.* 15. 1 fr. 9 §§ 4 и 2.
601) *Dig.* 15. 1.
602) *Dig.* 14. 4.
603) *Dig.* 15. 3. Ср. *Baron*, Abhandlungen, II. Die adiecticischer Klagen. 1882.

динъ отвѣчалъ въ размѣрѣ своего обогащенія. Всѣ названные иски примѣнялись также въ отношеніи пекулія, который отцы давали своимъ подвластнымъ дѣтямъ (стр. 429). Формула составлялась такъ, что въ интенціи обозначалось подвластное лицо, вступившее въ сдѣлку съ истцомъ, а въ кондемнаціи указывался самъ господинъ (ср. стр. 310). Формально иски были основаны на той идеѣ, что рабъ и сынъ, по дѣламъ пекулія, дѣйствуютъ, какъ представители своего домовладыки; но вмѣстѣ съ тѣмъ эти иски выражали юридическое признаніе личности подвластнаго, какъ контрагента, и его имущественной самостоятельности. Понятіе пекулія постепенно расширялось; если рабъ занималъ деньги у одного лица и потомъ отдавалъ ихъ взаймы другому, то по Лабеону здѣсь не было расширенія пекулія, а одно простое обогащеніе господина (in rem versio), чего Помпоній уже не принималъ такъ безусловно [604]); точно такъ же Ульпіанъ вообще былъ наклоненъ принимать не обогащеніе господина (in rem versio), но приращеніе пекулія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда рабъ совершалъ сдѣлки именно въ томъ намѣреніи, чтобы вырученное присоединить къ пекулію [605]). Волѣ раба приписывалось, стало быть, юридическое значеніе, его хозяйство трактовалось какъ особое отъ хозяйства его господина.

Противорѣчія въ правѣ.

§ 186. Но если въ области отношеній по пекулію право ушло такъ далеко, то это случилось именно потому, что юридическая регламентація этихъ отношеній вызывалась не гуманными стремленіями юриспруденціи по отношенію къ рабу, но интересами гражданскаго оборота, — или, говоря точнѣе, интересами третьихъ лицъ, приходившихъ съ рабами въ имущественное соприкосновеніе. Гуманныя стремленія, напротивъ, не породили мѣръ, особенно дѣйствительныхъ. Общій духъ императорской юриспруденціи характеризуется, какъ favor libertatis; во многихъ случаяхъ, гдѣ интересъ рабовладѣльца сталкивался съ интересомъ свободы, спорный вопросъ разрѣ-

---

[604]) *Dig.* 15. 3 fr. 3 § 5.
[605]) *Dig.* 15. 3 fr. 7 § 4.

шался въ пользу этой послѣдней. Такимъ образомъ юристы смягчили тяжкія обязательства, которыми господа облагали рабовъ при отпущеніи ихъ на волю, покровительствовали положенію условно-отпущенныхъ (statuliber) и т. п. Но, съ другой стороны, общее расположеніе не препятствовало появленію такихъ законовъ, каковы, наприм., sc. Claudianum, по которому женщина, которая вышла замужъ за раба безъ согласія его господина, обращалась въ рабство [606]). Ульпіанъ признавалъ условіе, по которому покупатель раба обязывался предъ продавцомъ не отпускать его на волю; такое условіе имѣло вещное (in rem) дѣйствіе, т. е. отпущеніе, которое состоялось въ его нарушеніе, было недѣйствительно [607]). Самъ Константинъ, запретившій клеймить преступниковъ въ лицо, такъ какъ лицо есть образъ Божій [608]), назначилъ смерть той женщинѣ, которая станетъ женою своего собственнаго раба; этотъ же послѣдній, по закону Константина, подлежалъ сожженію [609]) и только Юстиніанъ отмѣнилъ его жестокія постановленія [610]).

Вліяніе рабства.

§ 187. Служа основаніемъ какъ экономической, такъ и соціальной жизни, рабство оказало въ Римѣ глубокое вліяніе на развитіе и строй гражданскаго права. Кругъ субъектовъ этого права былъ ограниченъ свободными лицами и рядомъ съ ними существовалъ безправный классъ, который жилъ не для себя, но исключительно для своихъ господъ. При отсутствіи противодѣйствующихъ условій такое положеніе должно было привести къ наибольшему развитію въ обществѣ личныхъ эгоистическихъ стремленій, враждебныхъ общежитію; обезпеченная трудомъ своихъ рабовъ во всемъ необходимомъ для жизни, каждая свободная семья держалась бы отдѣльно отъ другихъ, не ища союза съ ними. Но въ глубокой древности, помимо другихъ условій, такое направленіе жизни встрѣчало особенное противодѣйствіе въ военномъ бытѣ господствующаго

---

606) *Gai.* I §§ 84, 91 и 160.
607) *Dig.* 40. 1 fr. 4 § 9; *Cod.* 4. 57 l. 5.
608) *Cod. Th.* 9. 40 l. 2.
609) *Cod. Th.* 9. 9 l. 1.
610) *Cod.* 7. 24.

класса населенія. Въ наше время, можетъ быть, нѣсколько трудно составить правильное представленіе о подобномъ вліяніи войны. Въ наше время война ослабляетъ дѣйствіе соціальныхъ инстинктовъ: она разрушаетъ международное общеніе, она порождаетъ абсолютическія стремленія правителей и пріучаетъ людей къ жестокостямъ и несправедливостямъ. Но, когда не могло быть рѣчи о международномъ союзѣ націй, такъ какъ не сложились еще самые народы и племена жили разбросанными и раздѣленными на тысячи мелкихъ общинъ,—когда организованная власть, устанавливающая миръ внутри общинъ была слаба, когда наконецъ не только убійство чужеродца, но убійство своего человѣка зачастую не считалось преступленіемъ,—въ такое время война оказывала не разрушающее, но созидающее дѣйствіе. Завоеванія вели къ образованію большихъ народовъ, внутри же государствъ военный бытъ содѣйствовалъ установленію крѣпкой центральной власти и сплоченію мелкихъ общественныхъ единицъ. Война объединяла частные интересы, подчиняя ихъ требованіямъ государственной безопасности. Самое рабство служило вспомогательнымъ средствомъ къ развитію государственной жизни, такъ какъ открывало гражданамъ возможность предаться всецѣло военной дѣятельности безъ ущерба для домашняго хозяйства. Таково было значеніе войны въ древнѣйшемъ Римѣ. Уже въ половинѣ республиканскаго періода тяжесть военной службы начинаетъ складываться на наемниковъ. Въ имперіи званіе воина унижается до послѣднихъ предѣловъ; война постепенно теряетъ свое прежнее значеніе — необходимаго и дѣйствительнаго труда (ср. § 8). Войны вызываются не опасностями, но честолюбіемъ и алчностью господствующаго класса и превращаются для него въ источникъ неправой наживы. Спустя еще нѣкоторое время число и размѣръ военныхъ предпріятій по необходимости умаляется. Война перестаетъ быть опредѣляющимъ факторомъ гражданской жизни, перестаетъ наполнять время и мысль гражданъ, но не замѣняется ничѣмъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ полноправный классъ окончательно отрывается отъ земледѣльческаго труда, такъ какъ землевладѣніе сосредоточивается въ

рукахъ немногихъ богачей, для которыхъ выгоднѣе вести хозяйство руками рабовъ, нежели при помощи свободныхъ фермеровъ или вольнонаемныхъ рабочихъ. Трудовая жизнь становится чуждою сферою для римскаго гражданина. Новыя формы труда, возникшія для свободнаго класса не въ состояніи поглотить всѣ его наличныя силы. Такъ, въ имперіи, въ связи съ уменьшеніемъ общаго количества рабовъ и развитіемъ бѣднаго класса, замѣчается нѣкоторый поворотъ свободнаго населенія къ занятіямъ, которыя прежде исполнялись рабами. Свободные почти вытѣсняютъ государственныхъ рабовъ (servi publici) изъ низшихъ государственныхъ должностей и общественныхъ работъ и конкурируютъ съ ними въ свободныхъ профессіяхъ (медицина, преподаваніе), на сценѣ, въ рядахъ прислуги, въ ремеслахъ и землепашествѣ (рабочіе, арендаторы, колоны). Но все это не снимаетъ съ римскаго общества того времени его основнаго характера: трудъ не служитъ принадлежностью господствующаго класса. Какъ скоро сложилось такое положеніе, то пали преграды къ широкому и исключительному развитію личныхъ эгоистическихъ стремленій. Рабъ служилъ могущественнымъ средствомъ для осуществленія этихъ стремленій безъ прямаго нарушенія интересовъ свободныхъ лицъ, окружающихъ рабовладѣльца. Рабство доставляло господамъ контингентъ живыхъ вещей, наиболѣе способныхъ служить ихъ нуждамъ, страстямъ и прихотямъ, причемъ разгулъ богача ничѣмъ не затрогивалъ непосредственно свободнаго бѣдняка. Напротивъ, богачъ былъ не прочь подѣлиться съ бѣднымъ собратомъ крохами своего стола, отголосками своихъ удовольствій. Только въ рабовладѣльческомъ обществѣ возможенъ даровой раздѣлъ хлѣба и развлеченій въ такой безобразной формѣ, какъ мы встрѣчаемъ это въ Римѣ; только въ такомъ обществѣ открыто свободное существованіе паразитамъ и всякаго рода приспѣшникамъ, наполнявшимъ дома римскихъ вельможъ. Въ возможности широко удовлетворять личныя стремленія, не затрогивая на видъ прочихъ свободныхъ лицъ, заключается наиболѣе развращающее, анти-общественное дѣйствіе рабства. Эксплоатація свободнаго бѣдняка вызываетъ

съ его стороны протестъ, который не остается безъ послѣдствій въ дѣлѣ усовершенствованія общественныхъ отношеній; напротивъ эксплоатація раба возбуждаетъ въ свободномъ человѣкѣ не сочувствіе къ нему, но лишь зависть къ богачу-рабовладѣльцу и желаніе раздѣлить съ нимъ такъ или иначе выгоды его положенія. Въ средѣ свободнаго класса рабство порождаетъ взаимное охлажденіе и отчужденіе. Не послѣднюю роль сыграло оно въ упадкѣ здоровыхъ политическихъ чувствъ, въ развитіи раболѣпства и деспотизма, которыя сопровождали переходъ отъ республики къ имперіи.

Такова та сторона рабовладѣльческой жизни, которая отразилась на гражданскомъ правѣ древняго Рима. Римское гражданское право, въ его развитомъ видѣ, проникнуто идеей почти неограниченнаго личнаго господства. Начало частной собственности и свободы договора проводятся рѣзко, можно сказать—бездушно. Это право было назначено для относительно небольшаго круга достаточныхъ гражданъ. Эгоизмъ маскировался въ этомъ обществѣ въ форму холоднаго признанія всеобщей равноправности; предположеніе всеобщаго соціальнаго и экономическаго равенства проходило чрезъ всѣ главныя юридическія опредѣленія. Жалоба бѣдняка была слишкомъ слаба сравнительно со стономъ раба для того, чтобы быть услышанною законодателемъ.

III. Ученіе юристовъ о правоспособности.

Divisio personarum.

§ 188. На почвѣ отношеній, изображенныхъ выше, сложилось ученіе юристовъ о дѣленіи лицъ или divisio personarum [611]).

Divisio personarum излагается Гаемъ и, со словъ его,—въ институціяхъ Юстиніана. Эта divisio — опытъ довольно несовершенный, сдѣланный, вѣроятно, въ школѣ, съ дидактическими цѣлями. Несовершенство его выражается въ двойственности основанія, принятаго для распредѣленія лицъ по категоріямъ. Всѣ лица раздѣляются прежде всего на свободныхъ

---

[611]) *Gai* I. 9. 10. 12. 48. 49. 142; *Inst.* 1. 3 pr.; 1. 8 pr ; 1. 13 pr.; *Dig.* 1. 5 fr. 3; 1. 6 fr. 1.

и рабовъ; въ этомъ состоитъ высшее раздѣленіе—summa divisio. Свободные дѣлятся на свободнорожденныхъ и вольноотпущенниковъ. Вольноотпущенники, въ свою очередь, подраздѣляются на три категоріи: полноправные граждане (cives), Латины по l. Iunia Norbana и дедитиціи (стр. 442).

За высшимъ дѣленіемъ слѣдуетъ другое, имѣющее отношеніе къ лицамъ, которыя обладаютъ ius connubii, т. е. способностью вступать въ семейственныя отношенія по римскому національному праву. Это дѣленіе не совпадаетъ съ предыдущимъ и не можетъ быть подведено подъ него. Всѣ лица дѣлятся на personae sui iuris и personae alieni iuris. Лица первой категоріи могутъ быть или совершенно самостоятельны (qui neutro iure teneantur), или же находиться во временной зависимости: подъ опекой (in tutela), или подъ попечительствомъ (in curatione). Лица alieni iuris распадаются, по роду власти, которой онъ подчиненъ, на лицъ in potestate (liberi et servi), in manu (uxor) и in mancipio.

Status.

Болѣе обдуманными, нежели вышеизложенное дѣленіе, являются понятія: такъ-наз. status и capitis deminutio [612]). Подъ status разумѣется государственное и гражданское положеніе лица въ римскомъ обществѣ. Съ точки зрѣнія субъективной, какъ степень правоспособности, какъ юридическое качество лица, status выражается словомъ caput. Status имѣетъ три ступени: st. libertatis, st. civitatis, st. familiae. Tria sunt quae habemus: libertatem, civitatem, familiam; въ этомъ ряду каждое послѣдующее состояніе предполагаетъ существованіе предыдущихъ.

Тремъ ступенямъ правоспособности соотвѣтствуютъ три ступени ея умаленія. Событіе умаленія правоспособности называется capitis deminutio и представляется въ формахъ: c. d. maxima, c. d. media, c. d. minima (§§ 7, 12, 17).

Нельзя опредѣлить съ точностью, когда именно сложилось ученіе о capitis deminutiones. Его корни кроются, несомнѣнно, въ глубокой древности, но юридическая разработка могла принадлежать позднѣйшему времени.

---

[612]) *Gai.* I. 159–163; *Inst.* 1. 16; *Dig.* 4. 5. *Max Cohn*, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, I, 2, 1880, стр. 41—400.

Начала правоспособности

§ 189. Интересно прослѣдить начала, къ которымъ сводятся въ результатѣ опредѣленія римскаго права о правоспособности. Правоспособность опредѣляется прежде всего *происхожденіемъ* человѣка. Лицо передаетъ своему потомству то же юридическое достоинство, которое принадлежитъ ему: отъ раба родятся рабы, отъ свободнаго—свободные, отъ гражданина—граждане. При этомъ оба родителя должны имѣть равную правоспособность. Поэтому дѣти лишь тогда признавались римскими гражданами, когда отецъ былъ римскимъ гражданиномъ и мать имѣла ius connubii [613]). Ius connubii обозначало въ этомъ случаѣ признанную за лицомъ способность къ вступленію въ римское супружество съ возможностью производить на свѣтъ римскихъ гражданъ. Connubium составляло часть правъ римскаго гражданства и принадлежало какъ полноправнымъ гражданамъ, такъ нерѣдко и неполноправнымъ, а также, по особой уступкѣ, — перегринамъ. При отсутствіи connubium, дитя наслѣдовало состояніе матери, такъ что отъ гражданки и перегрина происходилъ римскій гражданинъ [614]). Отецъ былъ здѣсь какъ-бы неизвѣстенъ. Когда, съ паденіемъ старой національной замкнутости, браки Римлянокъ съ перегринами участились, то особымъ закономъ (l. Minicia) это первоначальное правило было измѣнено, въ смыслѣ бо̀льшей послѣдовательности относительно основнаго начала, такъ что отъ римской гражданки и перегрина рождался перегринъ [615]). Если отецъ былъ, дѣйствительно, неизвѣстенъ,—что̀ предполагалось обыкновенно относительно всѣхъ незаконнорожденныхъ, то дитя

---

613) *Gai.* I. 80:... semper connubium efficit, ut qui nascitur patris condicioni accedat.

614) *Gai.* I. 80:... aliter vero contracto matrimonio (sc. sine connubio) eum qui nascitur, iure gentium matris condicionem sequi.—Ius gentium употребляется здѣсь въ смыслѣ учрежденія, извѣстнаго всѣмъ народамъ, но не въ смыслѣ права, введеннаго въ относительно позднѣйшее время.

615) *Gai.* I. 78; это мѣсто испорчено и возстановляется слѣдующимъ образомъ:.... lege Minicia cautum est, qua liberi iubentur deterioris parentis condicionem sequi. — *Gai.* I. 75:... sive civis Romanus peregrinam, sive peregrinus civem Romanam uxorem duxerit, eum qui nascitur peregrinum esse.

наслѣдовало положеніе матери [616]).—Отступленія отъ основнаго правила, въ смыслѣ расширенія правоспособности дѣтей, рождающихся отъ смѣшанныхъ браковъ, возникли въ имперіи подъ вліяніемъ побочныхъ соображеній. При Адріанѣ, въ видахъ гуманности, было постановлено, что отъ родителей: свободной женщины и раба, если они сошлись съ согласія господина этого послѣдняго, родится свободное дитя [617]). Другое подобное отступленіе встрѣчается въ III в., когда безразлично признавались свободными дѣти, зачатыя въ свободѣ, но рожденныя въ рабствѣ и наоборотъ [618]). Въ цѣломъ рядѣ случаевъ, гдѣ гражданинъ или гражданка, по ошибкѣ въ своей или чужой правоспособности, вступили въ супружество съ Латиномъ или перегриномъ, императоры предоставляли имъ путемъ судебнаго обнаруженія ошибки (causam erroris probare) сообщить гражданство какъ ребенку, такъ нерѣдко и неполноправному супругу или супругѣ [619]). Эти отступленія отъ руководящаго начала порождались или гуманностью, или необходимостью упростить разрѣшеніе вопроса, усложненнаго введеніемъ новыхъ видовъ гражданства и свободы.

Начало происхожденія проявлялось еще въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Ничей рабъ (servus nullius) продолжалъ оставаться рабомъ, несмотря на отсутствіе господина: рабство было обусловлено, въ глазахъ Римлянина, самою природою раба. Напротивъ Римлянинъ, возвратившійся изъ плѣна и получившій postliminium (§ 11), считался не вольноотпущенникомъ, но свободнорожденнымъ, потому что его временное рабство произошло не отъ ухудшенія его природы, но по несчастію. То же правило прилагалось ко всѣмъ случаямъ, въ которыхъ лицо состояло временно на положеніи раба по насилію или недоразумѣнію [620]).

---

616) *Dig*. 1. 5 fr. 19. Vulgo quaesitus matrem sequitur.—Fr. 24: Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.

617) *Gai*. I. 84.

618) *Dig* 1. 5 fr. 5 § 2; *Paul*. Sent. Rec. II. 24 §§ 1—4.

619) *Gai*. I. 67—75.

620) *Inst*. 1. 4 § 1.

Правоспособность, которая пріобрѣталась происхожденіемъ, могла быть *измѣнена* усовершенствованіемъ или ухудшеніемъ природы даннаго лица. По постановленію народнаго собранія въ республикѣ и по распоряженію государя въ имперіи, лица, которыя оказали особыя заслуги римскому народу, возводились въ санъ римскаго гражданства. Слѣдуя такому же мотиву, древнѣйшіе Римляне награждали свободою только достойныхъ рабовъ, и вольноотпущенники, переживая свое переходное состояніе, терпѣли какъ бы нѣкоторый искусъ, послѣ котораго, чрезъ нѣсколько поколѣній, принимались въ ряды полноправныхъ гражданъ. Когда впослѣдствіи возникло злоупотребленіе освобожденіемъ рабовъ, тогда законы раздѣлили отпущенниковъ, по ихъ достоинству, на разряды. Въ ряды полноправныхъ гражданъ были включены только лица, въ силу общаго происхожденія съ господиномъ (незаконное родство) или вслѣдствіе услуги, оказанной либо ожидаемой. Но вольноотпущенникъ, который былъ включенъ въ средній разрядъ—Латинянъ, получалъ полное гражданство за заслуги предъ римскимъ государствомъ и обществомъ. Было постановлено, что Латинянинъ становится гражданиномъ, если заведетъ большой корабль и въ теченіи шести лѣтъ будетъ поставлять въ Римъ хлѣбъ, если онъ выстроитъ замѣчательное зданіе, пробудетъ шесть лѣтъ внѣ Рима въ рядахъ войска, женившись родитъ сына, который достигнетъ годоваго возраста и т. п. [621]) Что касается до измѣненія правоспособности вслѣдствіе ухудшенія природы человѣка, то главный случай этого рода мы встрѣчаемъ въ наказаніяхъ, которыя соединяются съ c. d. maxima и c. d. media.

---

[621]) *Gai* I. 28-35; *Ulp.* 3.

XIX.

Императорская юриспруденція.

(I, II и $^1/_2$ III в. по Р. Х.).

Причина развитія.

§ 190. Среди всеобщаго нравственнаго разрушенія римскаго общества прогрессивное развитіе права въ первыя времена имперіи составляло бы неразрѣшимую загадку, если бы психологическій фактъ, по своему существу довольно обыкновенный, не проливалъ яркаго свѣта на это явленіе. Развитіе отдѣльныхъ личностей нерѣдко представляетъ примѣръ того, какъ нравственное паденіе — паденіе воли — сопровождается подъемомъ умственной дѣятельности; и то же бываетъ съ цѣлыми обществами. Въ обществѣ, промѣнявшемъ строгую патріархальность нравовъ на разнузданность страстей, военную доблесть—на ловкость торгаша и наконецъ республиканскую свободу на гнетъ военной диктатуры, остатокъ здоровыхъ силъ сталъ избѣгать практической дѣятельности и все болѣе и болѣе предавался чистымъ наслажденіямъ умственнаго, теоретическаго труда. Извѣстно, что конецъ республики и первые вѣка имперіи представляли высокій подъемъ умственной дѣятельности въ римскомъ обществѣ, уже обнаружившемъ столько пороковъ воли. Развитіе юриспруденціи составляло одну изъ сторонъ этого движенія. Постепенно нарушалось первоначальное, равномѣрное соотношеніе двухъ факторовъ гражданскаго права — гражданскаго оборота и юриспруденціи. Гражданскій оборотъ, при его торгашескомъ и спекулятивномъ настроеніи, распространявшемъ вокругъ себя холодное

вѣяніе голой разсчетливости и бездушія, не представлялъ для юриспруденціи достаточнаго источника для возбужденія къ высокому и благородному; теперь она не могла ограничиться только тѣмъ, что спѣшила на встрѣчу потребностямъ гражданскаго оборота, принося имъ цѣлесообразное удовлетвореніе. Во многомъ юриспруденція заняла относительно оборота положеніе отрицательное. Она стала носительницею идеаловъ, которые, по мѣрѣ возможности, навязывала обороту силою своего авторитета. Возвышенные и широкіе принципы проникали юридическое творчество имперіи и въ этомъ мы имѣемъ лучшее доказательство того, что не въ одной практической жизни, грубой и расшатанной, заключался его источникъ. Въ практическомъ отношеніи императорской юриспруденціи оставалось создать немногое принципіально новое; основы новаго права были уже заложены работами предшествующихъ поколѣній. На ея долю досталась дальнѣйшая разработка богатаго матеріала, накопленнаго до нея, и уже на многихъ примѣрахъ мы имѣли случай видѣть, съ какимъ искусствомъ и энергіею юристы имперіи довершили переустройство гражданскаго права, начатое ихъ предшественниками.

Практическая дѣятельность.

§ 191. Судебная практика, по прежнему, служила главнымъ полемъ для дѣятельности юристовъ. Они были совѣтниками частныхъ лицъ (при вступленіи ихъ въ сдѣлку или въ случаѣ тяжбы), судей и даже самихъ преторовъ [622]). Данный отвѣтъ вліялъ на вопрошавшаго, смотря по степени его авторитета. Письменныя собранія отвѣтовъ подъ заглавіями: «отвѣты» (responsa), «письма» (epistolae), занимали видное мѣсто въ юридической литературѣ. Юридическій казусъ, дѣйствительный или вымышленный, представлялъ основную форму, въ которую вообще выливались разсужденія юриста. Такимъ образомъ юриспруденція продолжала идти по пути казуальнаго творчества, соединяя въ своемъ лицѣ и въ каждомъ отдѣльномъ актѣ своей дѣятельности власть, творящую юри-

[622]) Ср. напр., *Dig.* 4. 4 fr. 3 § 1.... Celsus epistularum libro undecimo et digestorum secundo tractat, ex facto a Flavio Respecto praetore consultus; или *Dig.* 23. 4 fr. 2.... Papinianus Iuniano praetori respondit и др.

дическія нормы, и власть, примѣняющую ихъ. Однако рядъ причинъ началъ нарушать этотъ характеръ ея. Безгранично-свободное развитіе юридическихъ консультацій представляло свои неудобства для общества: неопытные въ юридическихъ вопросахъ или слабохарактерные судьи рисковали стать предметомъ разнорѣчивыхъ вліяній, которыя исходили съ разныхъ сторонъ отъ юрисконсультовъ съ авторитетомъ, можетъ быть, сомнительнаго качества. Явилась необходимость регулировать консультаціи и, такъ или иначе, отличить истинно свѣдущихъ юристовъ отъ недоучекъ или искусныхъ шарлатановъ. Какъ обыкновенно бываетъ въ эпохи возрастающаго абсолютизма, изъ мѣръ, способныхъ регулировать запутавшіяся отношенія, была предпочтена такая, которая открывала единоличной власти возможность непосредственнаго вмѣшательства въ самое дѣло. Представителямъ и сторонникамъ имперіи было не по душѣ существованіе сословія юристовъ, независимаго и самостоятельнаго. Уже Сулла раздѣлялъ мысль о кодификаціи гражданскаго права, въ исполненіи чего, если бы сказанная мысль осуществилась, главную роль долженъ былъ бы играть юристъ Авлій Офилій. Кодификація сразу придавила бы творчество юристовъ, какъ это случилось два вѣка спустя. Рѣшительная мѣра принадлежала Августу. Онъ постановилъ, что юристы отъ императора должны получать *право* отвѣта (ius respondendi) на вопросы, которые имъ предлагаются. Юристъ, который получалъ это право, долженъ былъ излагать свои отвѣты письменно, за своею печатью; изложеніе мотивовъ не требовалось, равно какъ и обозначеніе тѣхъ лицъ, по ходатайству которыхъ отвѣтъ давался. Отвѣтъ, данный съ соблюденіемъ сказанныхъ условій, имѣлъ для судьи *обязательную* силу, отъ имени самаго императора; судья могъ послѣдовать указаніямъ такого отвѣта только тогда, когда ему представляли по тому же вопросу другой отвѣтъ, противорѣчившій первому, но исходившій также отъ юриста, который имѣлъ право отвѣта. Въ этомъ смыслѣ постановилъ еще Адріанъ, который указалъ, что судья свободенъ въ своемъ мнѣніи въ случаѣ противорѣчивыхъ отвѣтовъ юрисконсультовъ. Сочиненія юриста обладали тѣмъ же

ius respondendi.

авторитетомъ, какъ и его отвѣты; такимъ образомъ юристъ могъ оказывать оффиціальное вліяніе на гражданское правосудіе даже послѣ своей смерти; деспотизму удобнѣе было имѣть дѣло съ сочиненіями умершихъ юристовъ, чѣмъ съ отвѣтами живыхъ. Вся мѣра Августа, т.-е. установленіе особаго «права отвѣта» (ius respondendi) имѣла тотъ смыслъ, что юрисконсультъ сдѣлался какъ бы должностнымъ лицомъ, органомъ императорской власти; его вліяніе на судъ получило оффиціальную окраску. Съ этого времени юрисконсульты по преимуществу стали называться «творцами» права (iuris auctores) въ отличіе отъ «старыхъ» (veteres) юристовъ до-императорскаго времени. Впрочемъ высокое значеніе «старыхъ» сохранило за ихъ сочиненіями прежній авторитетъ и императорамъ не было особой нужды вступать въ борьбу съ этимъ обстоятельствомъ; гораздо болѣе интереса представлялъ для нихъ тотъ фактъ, что большинство живыхъ юристовъ, не получивъ права на отвѣты, лишилось своего вліянія на суды. Разумѣется, они продолжали отвѣчать, если ихъ спрашивали; однако частныя лица поневолѣ не могли питать особеннаго довѣрія къ силѣ такихъ отвѣтовъ, а судьи принимали ихъ не безъ нѣкоторой опаски. На первыхъ порахъ власть затруднялась игнорировать выдающіеся таланты и обходить ихъ своимъ пожалованіемъ въ оффиціальные юрисконсульты: при Августѣ, его противникъ Лабеонъ имѣлъ право на отвѣты, но позднѣе положеніе нѣсколько измѣнилось и, напр., при Адріанѣ сказаннаго права не имѣлъ такой юристъ, каковъ былъ Гай, который впрочемъ жилъ далеко отъ Рима. Трудно сказать, какую роль играло «право отвѣта» въ провинціи: сами императоры могли относиться къ дѣятельности провинціальныхъ юристовъ безразличнѣе, чѣмъ къ дѣятельности юристовъ Рима; относительная рѣдкость патентованнаго юрисконсульта въ провинціи открывала больщій просторъ для дѣятельности и вліянія юристовъ непатентованныхъ, но за то, съ другой стороны, эти послѣдніе не могли обладать особымъ значеніемъ въ глазахъ провинціальныхъ правителей, которые руководились собственнымъ усмотрѣніемъ въ избраніи своихъ совѣтниковъ, симпатіи же правителей къ тѣмъ

или другимъ совѣтникамъ могли отражаться и на судьяхъ, когда эти послѣдніе опредѣляли достоинство представленныхъ имъ отвѣтовъ.

Преподаваніе.

§ 192. Помимо раздѣленія юристовъ на двѣ категоріи,— на оффиціальныхъ творцовъ права и на такихъ, которые, не получивъ «права отвѣчать», могли оказывать лишь относительно слабое и косвенное вліяніе на развитіе правоваго порядка, въ самой дѣятельности юристовъ, въ силу естественнаго движенія ея впередъ, произошло раздѣленіе, которое нѣсколько измѣнило ея первоначальный характеръ. Уже переходъ отъ разработки формулъ къ разработкѣ казусовъ, который послѣдовалъ при К. М. Сцеволѣ и С. С. Руфѣ, представлялъ, какъ мы сказали въ своемъ мѣстѣ (стр. 265), большой шагъ впередъ на пути развитія отвлеченности юридическаго мышленія. Въ томъ же направленіи вліяло новое устройство преподаванія. Прежде преподаваніе (docere) не отдѣлялось отъ прочей дѣятельности юриста; молодой человѣкъ научался юриспруденціи чрезъ то, что присутствовалъ при отвѣтахъ, которые его учитель давалъ вопрошавшимъ. Со времени Тиберія Корункапія доступъ къ такому присутствованію былъ открытъ для каждаго желающаго и еще при Цицеронѣ встрѣчается тотъ же порядокъ. Но вслѣдъ затѣмъ обученіе (institutio) отдѣлилось, какъ особое занятіе. Около каждаго изъ выдающихся юрисконсультовъ сосредоточивалась группа учениковъ, которые потомъ составляли группу его послѣдователей. Можетъ быть, уже при Августѣ, а можетъ быть, нѣсколько позднѣе появились юридическія училища или школы (stationes, scholae), т.-е. юридическое преподаваніе стали вести въ особыхъ, для того назначенныхъ, учрежденіяхъ. Положеніе наставника юридической школы пользовалось особымъ уваженіемъ. Ульпіанъ называлъ юридическую премудрость священнѣйшею, не оцѣнимою на деньги, которую профессору не слѣдовало унижать требованіемъ вознагражденія за свой трудъ; но въ благодарность за этотъ послѣдній онъ былъ въ правѣ принимать подарки (гонораръ) [623]. — Обособленіе преподава-

[623]) *Dig.* 50. 13 fr. 1 § 5. Proinde ne iuris quidem civilis professoribus ius dicent: est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae

нія отъ практической дѣятельности открыло для юриста новую дѣятельность помимо непосредственнаго творчества. Конечно, въ школѣ предметомъ изученія служило то же практическое право; конечно, и во время преподаванія юристъ могъ указывать нововведенія, какъ это дѣлалъ онъ, «отвѣчая» на вопросы; но два признака отличали школьное творчество отъ практическаго: вопервыхъ, оно не имѣло такого непосредственнаго значенія, какъ это послѣднее; вовторыхъ, въ школѣ творчество получило болѣе отвлеченный характеръ: тамъ не столько разрѣшались отдѣльные казусы, сколько устанавливались юридическія нормы, которыя относились къ цѣлому ряду однородныхъ казусовъ. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ оставалось вопросомъ, въ какой мѣрѣ эти нормы будутъ приложены на практикѣ.

Капитонъ и Лабеонъ.

§ 193. Во время имп. Августа жили и учили двое юристовъ съ выдающимся значеніемъ: Атей Капитонъ и Маркъ Антистій Лабеонъ. Капитонъ былъ сторонникомъ новаго режима и пользовался расположеніемъ императора, возбуждая зависть во многихъ, искавшихъ милостей властителя. Напротивъ Лабеонъ [624] (род. 704? ум. + 15?), республиканецъ по своимъ политическимъ убѣжденіямъ, неподкупный по характеру, держался относительно императора въ рядахъ оппозиціи, пользуясь популярностью въ обществѣ. Лабеонъ владѣлъ превосходно діалектикой и грамматикой, употребляя ихъ на пользу юриспруденціи; обладая умомъ живымъ и изобрѣтательнымъ, онъ былъ въ области гражданскаго права сторонникомъ движенія впередъ и оказался новаторомъ по многимъ вопросамъ, тогда какъ Капитонъ старался устоять на почвѣ уже утвердившихся юридическихъ воззрѣній. Діалектическій анализъ способствовалъ установленію новыхъ отвлеченныхъ понятій;

pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. Подробности о юридическихъ школахъ и профессорахъ: *Bremer*, Die Rechtslehrer und Rechtsschulen der römischen Kaiserzeit, 1868; *Пухта*, Исторія римскаго права (рус. пер.), стр. 323—349; *Voigt*, III, § 143.

[624]) *Pernice*, стр. 1—92.

сособственность; примѣромъ можетъ служить понятіе сособственности (condominium), т.-е. права собственности многихъ лицъ на одну вещь. Именно, юристу предстояло разрѣшить такой случай [625]: A и B имѣли на правѣ общей собственности участокъ земли и B завѣщалъ своей женѣ узуфруктъ на свою часть,—другими словами, жена B получила право на полученіе половины доходовъ, которые имѣетъ дать весь участокъ. Послѣ смерти B его наслѣдникъ (напр., его сынъ) возбудилъ дѣло о раздѣлѣ общаго имущества (a. communi dividundo) и судья, раздѣливъ участокъ на двѣ части, постановилъ, что право узуфрукта, принадлежащее вдовѣ B, не простирается на часть, которая досталась A, но должна ограничиваться тою частью, которая отошла къ B, т.-е. вдова должна получить *всѣ* доходы, но только съ той части, которая отведена на долю наслѣдника B. Предшественникъ Лабеона и его учитель, близкій другъ Цицерона, Требацій находилъ это рѣшеніе правильнымъ; напротивъ Лабеонъ объявилъ его неправильнымъ: узуфруктъ былъ установленъ на *весь* участокъ въ половинной долѣ, судебное же рѣшеніе, постановленное по дѣлу A и B, не можетъ затронуть правъ третьяго лица, вдовы B, и замѣнить ея первоначальное право на половину дохода со всего участка правомъ на полученіе всего количества плодовъ, но съ половины участка. Лабеонъ руководился въ этомъ случаѣ отвлеченнымъ понятіемъ сособственности; сособственность есть право многихъ лицъ на *всю* вещь; каждый изъ сособственниковъ имѣетъ право на полученіе извѣстной доли доходовъ со *всего* имѣнія и, устанавливая узуфруктъ, онъ передаетъ другому лицу именно это свое право. Другой примѣръ анализа

виды воровства; представляетъ раздѣленіе воровства на виды [626]. По мнѣнію С. С. Руфа воровство имѣетъ 4 вида: manifestum, nec manifestum, conceptum и oblatum (§ 40). Лабеонъ отрицалъ два послѣдніе вида, утверждая, что это—виды исковъ, но не виды правъ. Такимъ образомъ раздѣленіе иска и права дѣлало, благодаря Лабеону, новые успѣхи. Съ болѣе глубокимъ анализомъ

---

[625] *Dig.* 33. 2 fr. 31.
[626] *Gai.* III. 183.

было связано и болѣе широкое толкованіе сдѣлокъ. Нѣкто назначилъ (въ завѣщаніи) опекуновъ такимъ образомъ: «даю опекуна Люція Тиція; если же онъ не будетъ живъ (non vivit), то Гая Плаутія». Тицій былъ живъ въ моментъ открытія наслѣдства и принялъ опеку, потомъ же чрезъ нѣкоторое время умеръ. Требацій не допускалъ, чтобы опека могла перейти въ такомъ случаѣ къ Плаутію, напротивъ Лабеонъ утверждалъ это [627]). Грамматическія замѣчанія Лабеона, понятно, не отличались особою вѣрностью. Этимологія не представляла тогда ничего научнаго; она удовлетворялась самымъ поверхностнымъ сопоставленіемъ словъ и, отыскивая корни для словъ съ юридическимъ значеніемъ, юристъ былъ занятъ не столько тѣмъ, чтобы найти истинный корень, но тѣмъ, чтобы подобрать корень, который соотвѣтствовалъ бы смыслу слова; корень, который подходилъ къ смыслу слова, казался истиннымъ. У Лабеона слово «сестра» (soror) происходитъ отъ того, что она составляетъ нѣчто «отдѣльное» (seorsum = отдѣльно) отъ дома, будучи предназначена къ переходу въ чужую семью [628]). «Вдова», говорилъ Лабеонъ, обозначаетъ не только ту женщину, которая когда-то была замужемъ, но и ту, которая никогда не имѣла мужа, потому что вдовою (vi-dua) она называется какъ бы безпарная (sine duitate), точно такъ же, какъ безумный (ve-cors) называется такъ, какъ бы онъ былъ безъ ума (sine corde) [629]). «Воровство» (furtum), по Лабеону, происходитъ отъ темнаго, чернаго (furuus), потому что воровство совершается тайно и скрыто и по большей части ночью [630]), и т. д.—Какъ самъ Лабеонъ не смущался высказываться, когда это казалось ему необходимымъ, противъ мнѣній своего учителя, точно такъ же и ученики его позволяли себѣ выступать противъ его взглядовъ. Главный изъ учениковъ Лабеона, Прокулъ, расходился съ нимъ по многимъ вопросамъ, и не трудно замѣтить, что въ такихъ случаяхъ Прокулъ только съ бо́льшею послѣдовательностью пользовался

толкованіе сдѣлокъ;

слово-производство;

Прокулъ.

[627]) *Dig.* 26. 2 fr. 33.
[628]) *Gellius*, 13. 10 § 3; *Non. Marc.* 1. 258.
[629]) *Dig.* 50. 16 fr. 242 § 3.
[630]) *Dig.* 47. 2 fr. 1 pr.

тѣми же пріемами, которыми руководился самъ Лабеонъ. Дозволяется-ли покупателю и продавцу опредѣленіе покупной цѣны оставить на усмотрѣніе третьяго лица? Лабеонъ не считалъ такую сдѣлку куплею-продажею, напротивъ Прокулъ признавалъ ее за таковую [631]); въ его глазахъ, требованіе точной цѣны (pretium certum), стало-быть, не теряло отъ того, что опредѣленіе отдавалось на усмотрѣніе третьяго лица и должно было послѣдовать послѣ заключенія самой сдѣлки. Я имѣю зданіе на своей землѣ; если кто надстроитъ стѣну на моей стѣнѣ, то надстроенное принадлежитъ, по Лабеону, строителю,—по Прокулу же, оно принадлежитъ мнѣ, ибо, по общему правилу, всякое зданіе, кѣмъ бы оно возведено ни было, принадлежитъ собственнику земли и для приложенія этого правила безразлично, основывается-ли зданіе непосредственно на землѣ или чрезъ посредство другой стѣны [632]). Обладатель сервитутнаго права на водопроводъ (aquaeductus) можетъ, по Лабеону, ссудить каждаго водою изъ своего водопровода; напротивъ, по Прокулу, онъ не долженъ дѣлать это, потому что сервитутъ устанавливается собственно для надобностей того имѣнія, которое принадлежитъ обладателю сервитута [633]).

Pro herede gestio.

Нѣкто назначилъ своимъ наслѣдникомъ эманципированнаго сына, а на случай, если онъ не приметъ наслѣдства, одного изъ своихъ рабовъ, которому вмѣстѣ съ тѣмъ даровалъ свободу; потомъ завѣщатель сошелъ съ ума и сынъ испросилъ у претора «владѣніе» наслѣдствомъ безъ завѣщанія (ab intestato). Лабеонъ говорилъ, что сына должно считать наслѣдникомъ по завѣщанію, коль скоро доказано, что это послѣднее составлено въ здравомъ умѣ; но Прокулъ находилъ это рѣшеніе неправильнымъ. Сынъ, тѣмъ самымъ, что онъ не хотѣлъ вначалѣ воспользоваться завѣщаніемъ, открылъ рабу путь къ наслѣдованію; нельзя также сказать, что въ данномъ случаѣ сынъ велъ себя «какъ бы наслѣдникъ» (pro herede gestio, см. § 213) и такимъ образомъ молчаливо вступилъ въ

---

631) *Gai.* III. 140.
632) *Dig.* 31. 1 fr. 28.
633) *Dig.* 8. 3 f. 24.

наслѣдованіе по завѣщанію, ибо кто не осуществляетъ своихъ наслѣдственныхъ правъ и испрашиваетъ себѣ «владѣніе» на другомъ основаніи, тотъ не ведетъ себя какъ наслѣдникъ [634]). Кому-либо оставлено наслѣдство подъ условіемъ принесенія извѣстной клятвы («si iuraverit»); если наслѣдникъ приноситъ клятву, то, по Лабеону, надо дожидаться съ его стороны еще какихъ-нибудь другихъ дѣйствій, чтобы сказать, что онъ началъ вести себя какъ наслѣдникъ; напротивъ, по Прокулу, для сказанной цѣли достаточно уже одного факта принесенія клятвы [635]). Сказаннымъ мы удовольствуемся для характеристики Прокула [636]). Послѣ Лабеона онъ принялъ руководительство его школой, которая, повидимому, только теперь окончательно окрѣпла и получила характеръ прочнаго учрежденія; юристы, которые вышли изъ этой школы, стали называться прокуліанцами. Рядомъ съ ними дѣйствовали юристы, воспитанные школой Капитона; какъ кажется, и она окрѣпла только при ученикахъ этого послѣдняго, Мазуріѣ Сабинѣ и Кассіѣ, и воспитанники ея назывались сабиніанцами.

Прокуліанцы и Сабиніанцы.

§ 194. Прокуліанцы и сабиніанцы представляли двѣ противоположныя партіи (sectae) и по выходѣ своемъ изъ школы. Было бы ошибочно приписывать этой противоположности какое-либо принципіальное значеніе; это не было различіемъ направленій въ смыслѣ, намъ современномъ, когда каждое направленіе основывается на особомъ, опредѣленномъ принципѣ. Раздѣленіе римскихъ юристовъ на двѣ партіи обусловливалось прежде всего тѣмъ обстоятельствомъ, что существовали двѣ школы и два основателя школъ, съ первенствующимъ личнымъ значеніемъ; каждый юристъ льнулъ къ своимъ товарищамъ по обученію, такъ что партія объединялась прежде всего общностью школьныхъ занятій и личнымъ вліяніемъ основателя или учителя. Юристы, которые не учились ни въ одной изъ двухъ школъ, не вступали потомъ и въ составъ партій. Понятно, по многимъ отдѣльнымъ вопросамъ

---

634) *Dig.* 29. 2 fr. 60.

635) *Dig.* 29. 2 fr. 62.

636) Ср. еще *Dig.* 12. 4 fr. 15; 17. 2 fr. 65 § 5; 32 fr. 100 § 3; *Gai.* IV. 163.

школы и партіи расходились, и до насъ сохранилось слишкомъ два десятка такихъ контраверзъ; ихъ изученіе приводитъ только къ тому заключенію, что прокуліанцы, идя по стопамъ своихъ первыхъ учителей, Лабеона и Прокула, отличались болѣе передовымъ характеромъ, нежели ихъ противники; по многимъ отдѣльнымъ вопросамъ, они стояли за измѣненіе въ новомъ духѣ, тогда какъ сабиніанцы отстаивали старину. Въ своихъ нововведеніяхъ прокуліанцы не вносили въ право ничего принципіально-новаго и въ концѣ концовъ всѣ споры двухъ партій сводились къ тому, въ какой мѣрѣ слѣдуетъ прилагать новые принципы, оставленные имперіи республикой. Прокуліанцы чаще высказывались противъ формализма, нежели сабиніанцы. Такъ, въ противоположность этимъ послѣднимъ, они утверждали, что жеребята, телята и т. д. не суть вещи mancipi до тѣхъ поръ, пока не достигнутъ того возраста, въ которомъ они приручаются [637]); очевидная тенденція заключалась въ этомъ случаѣ въ томъ, чтобы изъять молодыхъ животныхъ изъ области манципаціи и открыть возможность для пріобрѣтенія ихъ въ полную собственность посредствомъ простой традиціи (ср. стр. 56). Прокуліанцы допускали перегриновъ, наравнѣ съ римскими гражданами, къ совершенію литтеральнаго контракта, тогда какъ сабиніанцы дозволяли это лишь съ ограниченіями [638]). Повидимому юристы изъ школы Прокула, такъ же какъ и самъ Лабеонъ, первые содѣйствовали тому, что въ практику исковъ «строгаго» права (stricti iuris) были перенесены различныя правила (касательно отвѣтственности неисправнаго должника), которыя составляли первоначально характеристическій признакъ исковъ «по совѣсти» (bonae fidei iudicia) [639]). Подвластный сынъ могъ создать для своего отца долгъ по дѣламъ своего пекулія (a. de peculio, стр. 450); если этотъ сынъ былъ переданъ въ усыновленіе другому лицу, то на усыновителя не переходила, по сабиніанскому мнѣнію, никакой отвѣтствен-

Контраверзы.

---

[637]) *Gai.* II. 15 (см. прим. 46).

[638]) *Gai.* III. 133.

[639]) Ср. *Dig.* 22. 2 fr. 2 (Лабеонъ), 45. 1. fr. 91 § 3 (Цельзъ); 4. 3 fr. 19 (Нерацій); 30 fr. 47 § 6 (Лабеонъ); 36. 1 fr. 22 § 3 (Нерацій).

пости по сказанному долгу; однако «нѣкоторые» юристы, подъ которыми слѣдуетъ, можетъ быть, разумѣть прокуліанцевъ распространяли дѣйствіе иска —a. de peculio— и противъ усыновителя [640]). По старому праву (стр. 121), «свой» наслѣдникъ былъ наслѣдникъ необходимый (necessarius), не имѣвшій права отказаться отъ наслѣдства; согласно съ этимъ сабиніанцы рѣшали, что если такой наслѣдникъ передастъ (in iure cessio) кому-либо свое наслѣдство, то онъ совершитъ недѣйствительный актъ. Напротивъ, по мнѣнію прокуліанцевъ, этотъ актъ надо разсматривать какъ передачу наслѣдственнаго имущества послѣ добровольнаго вступленія въ права наслѣдства, «ибо все равно, пріобрѣтаетъ-ли наслѣдникъ свое наслѣдство добровольно или по принужденію» [641]). По старому праву, завѣщатель долженъ былъ упомянуть въ своемъ завѣщаніи о своихъ сыновьяхъ (§ 54) и въ случаѣ несоблюденія этого требованія завѣщаніе объявлялось недѣйствительнымъ даже тогда, если неупомянутый сынъ умиралъ раньше самого завѣщателя; такъ думали сабиніанцы, такъ думалъ еще Юстиніанъ [642]), но прокуліанцы не усматривали въ послѣднемъ обстоятельствѣ достаточнаго основанія для уничтоженія завѣщанія [643]). По старому праву, назначеніе наслѣдника должно было предшествовать въ завѣщаніи всѣмъ другимъ распоряженіямъ. Прокуліанцы положили начало смягченію этого строгаго требованія, допустивъ, въ противоположность сабиніанцамъ, что завѣщаніе можно начинать съ назначенія опекуна [644]). Императоръ Траянъ допустилъ то же самое относительно поименнаго лишенія наслѣдства [645]). Прокуліанцы же [646]) содѣйствовали образованію правила, которое дозволяло для цѣлей одного отказа употреблять слова, назначенныя для другаго отказа, напр., словами do lego

---

[640]) *Dig.* 15. 1 fr. 42.
[641]) *Gai.* II. 37; III. 87.
[642]) *Inst.* 2. 13 pr.
[643]) *Gai.* II. 123.
[644]) *Gai.* II. 231.
[645]) *Dig.* 28. 5 fr. 1 pr.
[646]) *Gai.* II. 221.

(per vindicationem) отказать кому-либо чужую вещь (per damnationem)[647]; законодательное подтвержденіе этого правила появилось въ сенатусконсультѣ Нерона (64 г.?) и въ конституціи имп. Адріана, и наконецъ при сыновьяхъ Константина В. вовсе были отмѣнены всякія торжественныя формулы при назначеніи отказовъ; Юстиніанъ же уничтожилъ самое дѣленіе отказовъ на четыре вида (стр. 147 сл.), постановивъ, что всякій отказъ даетъ его пріобрѣтателю вещный искъ, т. е. всѣ отказы, по своему юридическому дѣйствію, стали отказами per vindicationem. Какъ наслѣдникъ (добровольный) пріобрѣтаетъ наслѣдство чрезъ принятіе его, такъ, по мысли прокуліанцевъ, получившій отказъ per vindicationem пріобрѣталъ его не тотчасъ послѣ того, какъ наслѣдникъ вступилъ въ наслѣдство (какъ полагали сабиніанцы), но лишь тогда, когда онъ самъ изъявлялъ свое согласіе на принятіе отказа[648]). И въ этомъ случаѣ взглядъ прокуліанцевъ нашелъ себѣ косвенное подтвержденіе со стороны императораа, хотя юристы, каковы Гай[649]) и Павелъ[650]), продолжали оставаться при противоположномъ мнѣніи. Спрашивалось, кому же, если слѣдовать прокуліанцамъ, принадлежало отказанное въ промежутокъ времени между вступленіемъ наслѣдника въ наслѣдство и принятіемъ отказа легатаріемъ? Прокуліанцы отвѣчали на этотъ вопросъ такъ, что отказанное составляло въ сказанное время какъ бы ничью собственность; то же самое признавали они относительно отказа подъ условіемъ: въ промежутокъ времени между вступленіемъ наслѣдника въ наслѣдство и осуществленіемъ условія, отказанное должно было составлять какъ бы ничью принадлежность. Что касается до сабиніанцевъ, то у нихъ весь вопросъ могъ касаться только условнаго отказа, и они думали, что вплоть до осуществленія условія отказанное продолжаетъ принадлежать наслѣднику[651]). Въ этомъ случаѣ за прокуліанцами былъ очевидный перевѣсъ

---

647) *Gai.* II. 197; cp. II. 212.
648) *Gai.* II. 195.
649) *Dig.* 30 fr. 65 § 1.
650) *Sent. rec.* III. 6. 7.
651) *Gai.* II. 200.

въ смыслѣ болѣе сильнаго юридическаго анализа, и если ихъ рѣшеніе не было еще достаточно искусно, то все же заслуга ихъ состояла въ томъ, что они понимали необходимость отрѣшиться по данному вопросу отъ первоначальнаго, слишкомъ конкретнаго воззрѣнія на предметъ. И въ другихъ случаяхъ прокуліанцы могли бы похвалиться тѣмъ же превосходствомъ. Смотря на предметъ съ точки зрѣнія современнаго имъ дѣйствующаго права и понимая практическую необходимость строгаго различенія родственныхъ сдѣлокъ, прокуліанцы настаивали на отличеніи купли-продажи отъ мѣны, тогда какъ сабиніанцы были готовы смѣшать эти двѣ сдѣлки [652]). Если обязательство безъ поручителя замѣнялось другимъ такимъ же, но съ поручителемъ (sponsor), или обратно, то прокуліанцы, въ противоположность сабиніанцамъ, не усматривали въ этомъ случаѣ новаціи и такимъ образомъ склонялись, повидимому, къ признанію поручительства, какъ самостоятельнаго отношенія [653]). Обѣ партіи допускали, что одно лицо можетъ уплатить за другаго его долгъ; но спрашивалось, какъ характеризовать юридически подобный актъ? По мнѣнію сабиніанцевъ, уплата, сдѣланная однимъ за другаго, сама собою (ipso iure) уничтожаетъ обязательство должника; прокуліанцы же не забывали, что по цивильному праву такой результатъ не допускался, и потому находили, что въ данномъ случаѣ обязательство уничтожается не само собою, но посредствомъ эксцепціи (e. doli), которую должникъ можетъ противопоставить иску своего кредитора [654]). Здѣсь анализъ работалъ уже въ сферѣ условно-историческихъ идей, каковою была идея мнимаго неравенства цивильнаго и преторскаго права, и легко могло произойти, что юристъ, увлекшись такимъ анализомъ, нарушитъ интересы практической жизни. Такъ, дѣйствительно, произошло съ прокуліанцами. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ они настойчивѣе своихъ противниковъ держались за такія положенія, которыя были только непосредственнымъ выводомъ изъ извѣстныхъ свойствъ институ-

652) *Gai.* III. 141; *Dig.* 18. 1 fr. 1 § 1; *Inst.* 3. 23 § 2.
653) *Gai.* III. 178 (ср. выше, стр. 328 сл.).
654) *Gai.* III. 168.

товъ стараго права, такъ что въ этихъ случаяхъ сабиніанцы явились наиболѣе передовыми. Постановленіе XII таблицъ о томъ, что троекратная продажа (манципація) сына уничтожаетъ власть отца, прокуліанцы относили ко всѣмъ манципаціямъ, тогда какъ менѣе послѣдовательные сабиніанцы въ случаѣ обязательной для отца отдачи сына въ кабалу за преступленіе (noxa) удовлетворялись одною манципаціей; они говорили (и съ исторической точки зрѣнія были правы), что приведенное постановленіе подразумѣваетъ однѣ добровольныя манципаціи, но не вынужденныя закономъ [655]). Рабу, который принадлежитъ двоимъ господамъ, одинъ изъ нихъ приказываетъ совершить стипуляцію, въ качествѣ кредитора, рабъ же называетъ въ стипуляціи обоихъ господъ своихъ. Спрашивалось, кому принадлежалъ искъ по такой стипуляціи: приказавшему господину или обоимъ вмѣстѣ? Сохраняя формальный характеръ стипуляціи, прокуліанцы разрѣшали этотъ вопросъ во второмъ смыслѣ, сабиніанцы же — въ первомъ [656]). Близко къ вышеизложенному стоялъ другой случай: рабъ, стипулируя по приказанію одного изъ своихъ господъ, называлъ только имя другаго господина. По одному мнѣнію, вѣроятно, прокуліанскому, искъ принадлежалъ тому, отъ имени кого стипуляція сдѣлана; по другому мнѣнію — обоимъ; по третьему — приказавшему, и такъ же разрѣшилъ вопросъ имп. Юстиніанъ въ 530 г. по Р. Х. Увлеченіе логическою послѣдовательностью вообще заманчиво, но не всегда практично. Спрашивалось, каково юридическое положеніе вещи, которая брошена своимъ хозяиномъ и никѣмъ другимъ еще не освоена (res derelicta)? Сабиніанцы руководились просто конкретною дѣйствительностью и разумно отвѣчали, что вещь въ сказанномъ положеніи — ничья; напротивъ прокуліанцы конструировали весь случай съ точки зрѣнія права собственности. Они находились подъ очевиднымъ вліяніемъ той мысли, что каждая вещь непремѣнно должна принадлежать кому-нибудь, и полагали, что брошенная вещь до тѣхъ поръ остается во власти бросившаго, пока ее не присвоитъ

[655]) *Gai.* IV. 79.
[656]) *Gai.* III. 167a.

кто-либо другой [657]). Невозможное условіе, включенное въ сдѣлку, дѣлало самую сдѣлку ничтожною, и прокуліанцы держались этого правила безусловно; напротивъ сабиніанцы, щадя волю завѣщателя, допускали исключеніе въ пользу условныхъ отказовъ [658]), что потомъ распространилось и на условное назначеніе наслѣдника [659]). Домовладыка не могъ быть должникомъ своего подвластнаго лица; наслѣдникъ есть должникъ того, кому что-либо отказано по завѣщанію, и потому лицо, состоящее подъ властью наслѣдника, не можетъ получать отказы. Такъ именно думали прокуліанцы; напротивъ сабиніанцы допустили нѣкоторое исключеніе изъ этого правила на случай, если оставленъ условный легатъ и легатарій до осуществленія условія станетъ свободенъ [660]). Юстиніанъ остался на сторонѣ сабиніанцевъ [661]). Стипуляція свободнаго лица на имя другаго свободнаго лица вообще недѣйствительна: какъ мы знаемъ, старое право не допускало представительства. Если кто-либо стипулировалъ за одинъ разъ на свое и чужое имя, то, спрашивалось, сколько пріобрѣталъ онъ по такой стипуляціи? Прокуліанцы утверждали, что его пріобрѣтеніе ограничивалось половиной, на остальную же половину стипуляція была недѣйствительна; сабиніанцы полагали, что онъ пріобрѣтаетъ въ данномъ случаѣ все, но только въ свою пользу [661a]). Какъ послѣдующіе юристы, каковъ Помпоній [662]), такъ и Юстиніанъ [663]), придерживались мнѣнія прокуліанцевъ; напротивъ сабиніанское рѣшеніе находило себѣ приложеніе относительно неформальныхъ сдѣлокъ, какова купля-продажа [664]). Рабъ или подвластный сынъ причиняли вредъ кому-либо, не господину своему, за что подлежали отдачѣ въ кабалу пострадавшему; но случалось, что

---

[657]) *Dig.* 41. 7 fr. 2 § 1; 47. 2 fr. 43. § 5.
[658]) *Gai.* III. 98.
[659]) *Dig.* 28. 7 fr. 1.
[660]) *Gai.* II. 244.
[661]) *Inst.* 2. 20 § 32.
[661a]) *Gai.* III. 103.
[662]) *Dig.* 45. 1 fr. 110 pr.
[663]) *Inst.* 3. 19 § 4.
[664]) *Dig.* 18. 1 fr. 64.

по какому-нибудь основанію они и безъ того подпадали подъ его власть. Сабиніанцы понимали, что при такихъ условіяхъ кабальное право пострадавшаго теряло свое практическое значеніе и потому признавали его погасшимъ; напротивъ прокуліанцы говорили о немъ, что его осуществленіе только пріостанавливалось на время, пока будетъ продолжаться право пострадавшаго, какъ господина [665]). Юстиніанъ высказался за сабиніанцевъ [666]).

По старому праву, какъ мы знаемъ (стр. 159), послѣ состоявшейся контестаціи иска отвѣтчикъ не могъ отдѣлаться простымъ исполненіемъ того, что̀ онъ долженъ былъ бы сдѣлать въ пользу противника до того момента и, не смотря на сдѣланное исполненіе, подвергался всей тяжести судебнаго понужденія. Преторскій эдиктъ ввелъ противоположный порядокъ при разбирательствѣ по личнымъ и нѣк. другимъ искамъ (actiones arbitrariae, § 203), а практика распространила то же на всѣ иски по совѣсти (a. bonae fidei). Сабинъ и Кассій пошли еще дальше и высказались за полную отмѣну стараго порядка даже въ искахъ «строгаго» права (a. stricti iuris). Они утверждали, что судья долженъ оправдать каждаго отвѣтчика (безъ различія, какимъ искомъ онъ привлекается къ отвѣтственности), какъ скоро онъ удовлетворилъ истца въ промежутокъ между контестаціей иска и постановленіемъ судебнаго приговора, откуда пошла поговорка, что, по Сабину и Кассію, всѣ суды — оправдательные [667]); прокуліанцы допускали, повидимому, то же правило только относительно вещныхъ исковъ и исковъ «по доброй совѣсти». И здѣсь въ сторону отъ прямаго пути прокуліанцы были сбиты, какъ кажется, излишнею логическою послѣдовательностью: въ старыхъ искахъ (a. stricti iuris) они сохранили и старое дѣйствіе контестаціи, ставъ отчасти въ разрѣзъ сами съ собою (примѣчаніе 639) [668]).

---

665) *Gai.* IV. 78.

666) *Inst.* 4. 8 § 6.

667) *Gai.* IV. 114.

668) Съ общимъ правиломъ, которое прокуліанцы допускали относительно всѣхъ исковъ кромѣ исковъ строгаго права а сабиніанцы отно-

Два рѣшенія свидѣтельствуютъ во всякомъ случаѣ о значительной продуктивности прокуліанцевъ и о пониманіи ими права въ связи съ условіями его развитія. Спрашивалось, кому должна принадлежать вещь, которая была сдѣлана кѣмъ-либо изъ чужаго матеріала, напр., хлѣбъ, испеченный изъ чужой муки, статуя, вырубленная изъ чужаго мрамора? Сабиніанцы въ этомъ случаѣ не признавали самаго факта *новой* вещи и потому полагали, что собственникъ матеріала оставался и собственникомъ сдѣланнаго изъ него. Иначе посмотрѣли на дѣло прокуліанцы. Сдѣланное изъ чужаго матеріала составляло, по ихъ мнѣнію, новую вещь и должно было принадлежать сдѣлавшему [669]). Такимъ рѣшеніемъ устанавливался новый способъ пріобрѣтенія правъ собственности — спецификація (specificatio). Этотъ способъ ограждалъ двоякіе интересы: вопервыхъ, въ немъ промышленному труду отдавалось первенство надъ голою собственностью; вовторыхъ, въ немъ находили свою защиту третьи лица, которыя могли пріобрѣсти вещь у сдѣлавшаго ее, не зная, что она сдѣлана имъ изъ чужаго матеріала. Споръ юристовъ по данному вопросу держался до Юстиніана, который положилъ ему конецъ рѣшеніемъ, довольно неискуснымъ. По этому рѣшенію, вещь доставалась собственнику матеріала, если могла быть приведена опять въ свой первоначальный видъ; она доставалась сдѣлавшему ее, если такое обращеніе было невозможно [670]).—Обращаемся къ другому прокуліанскому нововведенію, не менѣе интересному. Мы знаемъ, что, по старымъ обычаямъ, совершеннолѣтіе мужчинъ признавалось по достиженіи ими половой зрѣлости, на основаніи индивидуальнаго освидѣтельствованія (стр. 127). Съ паденіемъ патріархальныхъ нравовъ такое мѣрило, естественно, оказалось неудобнымъ, тѣмъ болѣе что изъ употребленія вышли костюмы древняго времени. Точная цифра возраста, въ качествѣ мѣрила совершеннолѣтія, подходила къ новымъ условіямъ лучше, нежели особое освидѣтельствованіе каждаго от-

Specificatio

Совершеннолѣтіе.

сительно всѣхъ исковъ безъ исключенія, былъ связанъ рядъ частныхъ послѣдствій, о которыхъ см. у *Voigt*'а, III, § 139.

669) *Gai.* II. 79; *Dig.* 41. 1 fr. 7 § 7.

670) *Inst.* 2. 1 § 25.

дѣльнаго лица. Это поняли прокуліанцы и, по ихъ мнѣнію, малолѣтство мужчинъ прекращалось съ наступленіемъ четырнадцатилѣтняго возраста, сабиніанцы же продолжали стоять за индивидуальное освидѣтельствованіе [671]); потомъ сложилось третье мнѣніе, которое соединяло оба условія вмѣстѣ [672]). Юстиніанъ остановился на томъ, что принялъ мнѣніе прокуліанцевъ [673]).

Разумѣется, были контраверзы случайнаго происхожденія [674]), знакомство съ которыми ничего не прибавитъ къ характеристикѣ обѣихъ школъ; разумѣется, что сабиніанцы также выступали новаторами по нѣкоторымъ вопросамъ, примѣры чего мы уже видѣли. Между прочимъ Сабину приписывается признаніе особаго вида поручительства—поручительства подъ видомъ мандата (mandatum qualificatum). Кто-либо поручаетъ К оказать кредитъ Д; это порученіе дѣлаетъ поручающаго поручителемъ за Д предъ К, такъ что поручающій отвѣчаетъ предъ К чрезъ a. mandati contraria въ размѣрѣ оказаннаго кредита [675]). Въ другомъ рѣшеніи относительно договора порученія Сабинъ и Кассій показали себя формалистами. Если принявшій порученіе преступилъ границы своего полномочія, то, по ихъ мнѣнію, онъ вовсе лишался своего иска (a. mandati); напр., если ему было поручено купить что-либо за сто, а онъ купилъ за полтораста, то онъ не могъ требовать отъ поручившаго даже сто. Напротивъ прокуліанцы допускали искъ въ предѣлахъ полномочія и въ данномъ примѣрѣ дозволяли принявшему порученіе отыскивать съ поручившаго истраченные сто [676]).

§ 195. Сабинъ и Кассій называются обыкновенно какъ основатели сабиніанской школы и сабиніанскихъ воззрѣній, Прокулъ и Нерва—какъ основатели прокуліанской школы и прокуліанскихъ воззрѣній. Авторитетъ Лабеона стоялъ впрочемъ

---

671) *Gai.* I. 196.
672) *Ulp.* 11. 28.
673) *Inst.* 1. 22 pr.; *Cod.* 5. 60 1. 3.
674) *Dig.* 30 fr. 26 § 2; *Fragm Vat.* § 266.
675) *Inst.* 3. 26 § 6.
676) *Gai.* III. 161.

выше авторитета его ближайшихъ учениковъ; до времени имп. Адріана онъ занималъ первое мѣсто и на него ссылались нерѣдко сами сабиніанцы. Сочиненія Лабеона служили источникомъ для извлеченій и предметомъ для толкованій.—Съ наступленіемъ втораго столѣтія по Р. Х. стало сглаживаться раздѣленіе юристовъ на партіи [777]). Особое почтеніе къ старымъ авторитетамъ стѣсняло самостоятельное движеніе юридической мысли, а въ частности, при развившемся абсолютизмѣ, послѣдователямъ Прокула и Нервы могло быть не совсѣмъ ловко причислять себя открыто къ партіи, съ происхожденіемъ которой связывалось воспоминаніе о нѣкоторомъ политическомъ вольномысліи. Послѣ *Публія Ювенція Цельза*, который принадлежалъ самому началу II-го столѣтія и былъ замѣчательнѣйшимъ изъ прокуліанцевъ послѣдняго времени, мы не встрѣчаемъ уже сколько-нибудь видныхъ представителей этой партіи. При имп. Адріанѣ (117—138) изъ сабиніанской школы вышло новое свѣтило юриспруденціи *Сальвій Юліанъ*, можетъ быть, величайшій изъ всѣхъ римскихъ юристовъ (Фиттингъ). Послѣдующіе цитировали его болѣе, чѣмъ кого либо другаго. По порученію Адріана, который назначилъ его членомъ вновь учрежденнаго государева совѣта, Сальвій Юліанъ предпринялъ и совершилъ колоссальную работу. Онъ соединилъ всѣ эдикты, изданные до его времени, въ одинъ общій эдиктъ, который съ тѣхъ поръ получилъ постоянную обязательную силу, почему назывался edictum perpetuum. Этотъ общій эдиктъ совмѣстилъ въ себя всѣ постановленія, которыми гражданину надлежало руководиться при веденіи судебныхъ дѣлъ въ порядкѣ формулярнаго и, вообще, преторскаго судопроизводства.

Юристы классической эпохи.

---

[677]) Вотъ списокъ главныхъ юристовъ перваго полутора столѣтія по Р. Х.

Послѣдователи Лабеона:
Кокцей Нерва;
Прокулъ; Нерва сынъ;
Пегасъ;
Ювенцій Цельзъ;
П. Ювенцій Цельзъ, сынъ;

Послѣдователи Капитона:
Массурій Сабинъ;
Кассій Лонгинъ; другой Лонгинъ;
Целій Сабинъ;
Яволенъ Прискъ;
Абурнъ Валенсъ, Тусціанъ
и Сальвій Юліанъ.

Эдикты обоихъ преторовъ, городскаго и перегриновъ, были слиты воедино и кромѣ того пополнены заимствованіями изъ эдиктовъ провинціальныхъ правителей. Эдиктъ курульскихъ эдиловъ приложенъ въ концѣ. Вся работа представляла отчасти компилятивный, отчасти творческій характеръ, какъ всякая кодификаціонная работа, цѣль которой состояла не только въ томъ, чтобы собрать въ одно и уложить въ какую-либо систему все, выработанное до того времени, но и въ томъ, чтобы по возможности обезпечить будущее отъ необходимости создавать новыя положенія. Значеніе Юліановой работы было громадное. Она сразу подавила юридическое творчество и составила новый шагъ на пути раздѣленія двухъ функцій юридическаго мышленія: творчества юридическихъ нормъ и ихъ примѣненія. Такое воздѣйствіе не могло пройти безслѣдно, особенно во время, когда и безъ того юриспруденція, находя все меньше и меньше питанія въ жизни, должна была наконецъ повернуть на путь постепеннаго ослабленія и вымиранія. Впрочемъ слѣдуетъ освѣтить то же событіе еще съ другой стороны. Въ эпохи, когда мысли грозитъ подобный поворотъ къ медленной смерти, весьма важно бываетъ собрать въ одно живительныя идеи прошлаго, чтобы оставить будущимъ поколѣніямъ внушительный и обильный источникъ вдохновенія. Никогда такъ не вѣруютъ въ авторитетъ, какъ въ эпохи вымиранія и застоя, и ничто въ глазахъ юриста не обладаетъ такимъ авторитетомъ, какъ кодексъ, составленіе котораго окружено ореоломъ великихъ именъ и славныхъ воспоминаній.

Исторія юриспруденціи послѣ Юліана представляетъ еще много громкихъ именъ. Мы встрѣчаемъ здѣсь *Секста Помпонія* (ок. 150 г.), наиболѣе извѣстнаго своимъ фрагментомъ, въ которомъ онъ излагаетъ краткую исторію римскаго законодательства, магистратуры и правовѣдѣнія [678]; *Гая* (ок. 160 г.), автора знаменитаго учебника (институціи) и, по предположенію, преподавателя права въ юридической школѣ Бейрута. Находясь вдали отъ Рима, Гай не пользовался «правомъ от-

678) *Dig*. 1. 2 fr. 2.

вѣта» (ius respondendi) и живо сохранялъ еще преданія сабиніанской партіи, тогда какъ въ Римѣ успѣло сгладиться самое раздѣленіе юристовъ на партіи. Мы встрѣчаемъ далѣе высокоблагороднаго въ своихъ поступкахъ и мысляхъ, краткаго и мѣткаго въ своемъ стилѣ, *Эмилія Папиніана* (ум. 212 г.), который, по господствующему мнѣнію, былъ величайшимъ юристомъ Рима и, конечно, занималъ это мѣсто среди юристовъ послѣ Юліана. *Домицій Ульпіанъ* (ум. 228 г.), который писалъ ясно и достаточно пространно для легкаго пониманія, современникъ его, менѣе талантливый *Юлій Павелъ* и наконецъ ученикъ Ульпіана *Модестинъ* (ок. 240 г.) замыкаютъ собою списокъ корифеевъ блестящаго періода императорской юриспруденціи.

Основныя начала.

§ 196. Высокій интересъ представляетъ изученіе пространныхъ остатковъ отъ литературной дѣятельности этой юриспруденціи. Замѣчательный юристъ-практикъ, какимъ былъ римскій юристъ, отразился въ нихъ всецѣло. Тремя чертами мы должны характеризовать его трудъ: реализмъ, индивидуализмъ, нравственное начало. Римскій юристъ трудился на почвѣ конкретной дѣйствительности; главнымъ предметомъ его изслѣдованія служили тѣ многообразныя положенія (казусы), которые возникали въ правовой области въ томъ видѣ, какъ ихъ создавалъ или могъ создать гражданскій оборотъ. Такою *реальною* основою обусловливалось, что отъ юриста не ускользали разновидности различныхъ положеній; съ необыкновенною чуткостью онъ воспринималъ ихъ особенности и свое рѣшеніе принаравливалъ къ данному положенію субъекта, объекта и окружающей обстановки. Это—*индивидуализмъ*. Онъ былъ тѣсно связанъ съ тѣмъ обстоятельствомъ, что въ порядкѣ судопроизводства гражданскія дѣла рѣшались судьей-присяжнымъ, юристъ-же или сообщалъ окончательную отдѣлку тому, что̀ выходило изъ самой практики, или же, направляя эту практику, соблюдалъ ея основной характеръ. Рѣшеніе дѣла по внутреннему убѣжденію (какъ это говорится въ наше время) было субъективною стороною того, что̀ объективно представлялось какъ индивидуализмъ и открывало широкій путь къ проведенію нравственнаго начала въ право-

вой порядокъ. Отчасти подъ именемъ «справедливости» (aequitas), чаще подъ именемъ «доброй совѣсти» (bona fides), также подъ именемъ «добрыхъ нравовъ» (boni mores), честности (honestas) и другими (pietas, verecundia и т. п.) нравственность проникала въ юридическія рѣшенія и нерѣдко опредѣляла ихъ окончательное направленіе. Напр., при толкованіи сдѣлокъ, смыслъ которыхъ не былъ вполнѣ ясенъ, высшимъ критеріемъ служили справедливость, честность, добрые нравы и т. д., и, сообразно этому критерію, устанавливался окончательно тотъ или другой смыслъ спорной сдѣлки.

Литературная дѣятельность.

§ 197. Что касается до самой литературной дѣятельности юристовъ, то мы не должны предъявлять къ ней высокихъ требованій. Для юриста она не составляла цѣли сама по себѣ, но служила по преимуществу средствомъ для передачи и увѣковѣченія знаній, которыя пріобрѣтались и развивались на практикѣ. «Мнѣнія» (opiniones), «вопросы» (quaestiones), «отвѣты» (responsa), «письма» (epistulae), «разговоры» (disputationes), особенно толкованія на эдиктъ (ad edictum), на тѣ или другіе законодательные памятники, на сочиненія прежнихъ юристовъ—вотъ обычные роды литературной дѣятельности римскихъ юристовъ. Одинъ перечень ихъ достаточно показываетъ, какъ мало литература обособилась еще отъ практики и какъ далеко стояла она отъ того, чтобы приписать ей научный характеръ. Чего не было въ практической дѣятельности юриста, того почти нечего искать въ его литературныхъ произведеніяхъ. Такъ, мы почти не встрѣчаемъ *мотивировки* положеній и рѣшеній. «Пріобрѣтеніе права собственности по давности (usucapio)», говоритъ Нерацій, «установлено для того, чтобы былъ какой-нибудь конецъ тяжбамъ (о принадлежности вещей»[679]). Гай говоритъ про тотъ же способъ пріобрѣтенія, что онъ «установленъ въ интересахъ «общественнаго блага, для того, чтобы право собственности «на нѣкоторыя вещи не пребывало въ продолжительной и «почти постоянной неизвѣстности»[680]). Эти два мѣста пред-

Мотивировка.

---

679) *Dig.* 41. 10 fr. 5.
680) *Dig.* 41. 3 fr. 1.

ставляютъ очень рѣдкій примѣръ мотивировки, въ строгомъ смыслѣ, т. е. указанія тѣхъ цѣлей, для достиженія которыхъ назначенъ тотъ или другой институтъ; въ примѣненіи къ отдѣльнымъ рѣшеніямъ мотивировка этого рода совсѣмъ не встрѣчается. Рѣшенія, если и мотивируются, то другимъ способомъ, посредствомъ вывода ихъ изъ какого-либо общаго положенія или опредѣленія. Примѣръ находимъ у того-же Гая: «если кто-либо изъ чужаго матеріала сдѣлаетъ для себя ка-«кую-нибудь вещь, то, по мнѣнію Нервы и Прокула, право «собственности на эту вещь должно принадлежать сдѣлавшему, «*потому что то, что сдѣлано, прежде того было ничье*» [681]), т. е. юристъ хочетъ сказать, что сдѣланное при своемъ появленіи есть ничья вещь (res nullius) и въ качествѣ таковой подлежитъ захвату (оккупаціи) со стороны сдѣлавшаго. Такая мотивировка не передаетъ истинныхъ мотивовъ всего рѣшенія, т. е. тѣхъ практическихъ цѣлей, служить которымъ оно назначено, и имѣетъ одно формально-логическое значеніе. Обыкновенно контраверзы давали юристу поводъ прибѣгать къ мотивировкѣ своихъ рѣшеній, для того чтобы подкрѣпить аргументаціей свое мнѣніе, несогласное съ мнѣніемъ противника.—Далѣе надо указать на недостатки переработки того матеріала, который накоплялся въ формѣ юридическихъ рѣшеній. Юристъ не гнался за тѣмъ, чтобы обнять этотъ матеріалъ по возможности въ немногихъ обобщеніяхъ. *Обобщенія*, которыя онъ дѣлалъ, часто страдали неточностью. «Юридическое правило», говоритъ Павелъ [682]), «состоитъ въ томъ, что ошибка въ правѣ вредитъ ошибающемуся, ошибка же въ фактѣ не вредитъ ему»; «ошибка въ правѣ», говоритъ Папиніанъ, «не приноситъ пользы, когда пріобрѣтается что-либо, но не вредитъ тѣмъ, кто ищетъ своего» [683]),—вотъ два правила, которыя, какъ будетъ видно (гл. XXI), далеко не согласуются съ казуальными рѣшеніими того же вопроса и могутъ служить примѣромъ многихъ другихъ въ этомъ родѣ. Несовершенною представляется далѣе *классификація*

Обобщенія.

[681]) *Dig*. 41. 1 fr. 7 § 7.
[682]) *Dig*. 22. 6 fr. 9 pr.
[683]) *Dig*. 22. 6 fr. 7.

Классификація и система.

и основанная на ней *система* изложенія. Въ господствующемъ родѣ юридическихъ сочиненій — въ толкованіяхъ къ эдикту, размѣщеніе матеріала опредѣлялось системою самаго эдикта. «Постоянный» эдиктъ (edictum perpetuum) дѣлился на 3 части. Въ первой части помѣщались постановленія, въ которыхъ могла оказаться нужда въ той стадіи процесса, когда дѣло находилось еще у магистрата (in iure): о юрисдикціи, о примиреніи сторонъ, о призывѣ въ судъ, о лицахъ, которыя не могутъ вести дѣло за другихъ, о когниторахъ, прокураторахъ и защитникахъ и наконецъ о возстановленіи въ первоначальное состояніе (restitutio in integrum). Вторая часть содержала въ себѣ все нужное для составленія судебныхъ формулъ; здѣсь излагались постановленія, которыя опредѣляли содержаніе различныхъ исковъ. Порядокъ этихъ постановленій въ общихъ чертахъ былъ слѣдующій: постановленія о вещныхъ искахъ (a. in rem); о личныхъ искахъ (a. in personam): кондикціяхъ и искахъ по доброй совѣсти; объ искахъ, ограждающихъ права по семейственнымъ отношеніямъ: о приданомъ, объ опекѣ; постановленія о воровствѣ; о «владѣніи» наслѣдствомъ; о разныхъ другихъ отношеніяхъ (de damno infecto, de aqua pluvia и т. д.) и о деликтахъ. Въ третьей части эдикта находились постановленія о судебномъ рѣшеніи, о порядкѣ обращенія взысканія на имущество должника. Особо излагались формулы интердиктовъ, эксцепцій и преторскихъ стипуляцій. Изъ всего этого видно, что система эдикта отличалась тѣмъ же процессуальнымъ характеромъ, который былъ свойственъ болѣе древней системѣ XII таблицъ. Въ литературѣ рядомъ съ этою системою образовалась такъ-наз. сабиніанская система [684]), которая имѣла свои корни, можетъ быть, въ сочиненіи Секста Элія Пета (tripertita), и была обязана своимъ развитіемъ особенно Лабеону и Сабину. Для возстановленія этой системы въ точности не достаетъ источниковъ. Повидимому, она отличалась переходнымъ характеромъ и была направлена къ тому, чтобы новый ма-

[684]) *Voigt*, Ueber das Aelius und Sabinus-System, 1875; *Leist*, Versuch einer Geschichte des römischen Rechtssystem, 1850; *Pernice*, I, стр. 75 слѣд.

теріалъ вмѣстить въ рамки, давно отжившія. Наслѣдственное право было поставлено во главѣ системы; наслѣдованіе по закону не выдѣлялось, но излагалось вмѣстѣ съ наслѣдованіемъ по завѣщанію; семейственное право разбивалось на двѣ части, которыя размѣщались въ двухъ различныхъ мѣстахъ; точно такъ же разбивалось положеніе о сдѣлкахъ по доброй совѣсти, о контрактахъ строгаго права и въ связи съ этимъ все право по обязательствамъ было разбито и разбросано и т. д. Впрочемъ скудость источниковъ понуждаетъ насъ отнестись осторожно къ такой характеристикѣ сабиніанской системы. О томъ, что такой-то отдѣлъ какого-либо сочиненія, былъ посвященъ извѣстному предмету, судятъ обыкновенно по тому, что объ этомъ предметѣ идетъ рѣчь въ какомъ-нибудь фрагментѣ, который отнесенъ къ сказанному отдѣлу; однако признакъ этотъ—не всегда точный. Во фрагментѣ легко могла идти рѣчь о предметѣ, который не составлялъ главнаго содержанія отдѣла.—Крупный шагъ въ дѣлѣ юридической систематики былъ достигнутъ въ институціяхъ, т. е. въ руководствахъ, которыя писались исключительно въ интересахъ юридическаго преподаванія. Условія преподаванія вообще благопріятствуютъ развитію систематики, такъ какъ хорошая система облегчаетъ учителю представить ученикамъ содержаніе преподаваемаго предмета. Въ институціяхъ было окончательно сознано различіе правъ, какъ отношеній защищаемыхъ, и исковъ, какъ отношеній защищающихъ. У Гая, руководство котораго послужило прототипомъ и для институцій Юстиніана, первыя три книги были посвящены правамъ, четвертая—искамъ. Изложеніе первой категоріи правъ—различнаго вида властей одного лица надъ другимъ, совпадало съ описаніемъ состава гражданскаго общества и такимъ образомъ первая книга институцій передавала различныя положенія лицъ: вольноотпущенныхъ, рабовъ, дѣтей, женъ, кабальныхъ, объ опекунахъ и о состоящихъ подъ опекой. Далѣе, во второй и третьей книгахъ излагались порядокъ пріобрѣтенія правъ вещныхъ, порядокъ наслѣдованія по завѣщанію и по закону, порядокъ установленія обязательствъ по договорамъ и по деликтамъ. Гай интересовался правами главнымъ

образомъ съ точки зрѣнія способовъ ихъ установленія и прекращенія, такъ что его руководство представляетъ почти непрерывное изложеніе ряда юридическихъ сдѣлокъ; при этомъ часто къ описанію сдѣлки пріурочивалось описаніе нѣсколькихъ правъ, которыя могутъ быть установлены этою сдѣлкою. Уже въ одномъ этомъ обстоятельствѣ обнаруживается относительное несовершенство системы. Юридическія послѣдствія сдѣлокъ, т. е. права, важнѣе самихъ сдѣлокъ, и болѣе совершенная система должна быть основана на различіи правъ, но не на различіи сдѣлокъ; описаніе сдѣлокъ она должна пріурочивать къ описанію правъ, но не описаніе правъ къ описанію сдѣлокъ. Кромѣ того слишкомъ большое вниманіе, удѣленное сдѣлкамъ, выдвигало впередъ историческія, наиболѣе условныя различія въ ущербъ различіямъ существеннымъ. Въ подробностяхъ системы, иногда существенныхъ, не трудно найти погрѣшности. Такъ, говоря объ установленіи обязательствъ *re*, Гай называетъ только заемъ (mutuum), позабывъ о всѣхъ другихъ реальныхъ контрактахъ; Юстиніанъ привелъ въ соотвѣтствующемъ мѣстѣ еще три контракта (поклажу, ссуду, залоговой договоръ), но, въ свою очередь, позабылъ «о безыменныхъ» контрактахъ. Въ числѣ консенсуальныхъ контрактовъ Гай называетъ куплю-продажу, наемъ, товарищество и договоръ порученія (мандатъ), но не дѣлаетъ никакой попытки къ тому, чтобы сблизить консенсуальные контракты съ другими соглашеніями (pacta). Вопреки единству системы самъ Гай открыто допускаетъ нѣсколько дѣленій одного и того же предмета на категоріи,—дѣленій, которыя не согласуются одно съ другимъ. Таково, напр., дѣленіе лицъ (divisio personarum), съ которымъ мы познакомились уже выше § 188). Есть дѣленія, которыя основаны на недоразумѣніяхъ, на сопоставленіи признаковъ, ошибочно принятыхъ за однородные. Таково дѣленіе вещей на тѣлесныя (res corporales) и на безтѣлесныя (res incorporales). Въ этомъ дѣленіи за безтѣлесныя *вещи* принято то, что на самомъ дѣлѣ составляетъ отношенія, права. Именно сервитуты назывались безтѣлесными «вещами»; но такая ошибка могла быть плодотворною въ практическомъ отношеніи, содѣйствуя тому, что для установ-

ленія сервитутовъ не требовали ни манципаціи, ни традиціи вещи, а довольствовались однимъ простымъ соглашеніемъ сторонъ.

Историческое знаніе.

§ 198. Истиннаго историческаго знанія, ни истиннаго историческаго интереса также нечего искать у римскихъ юристовъ. Исторію своего права они знали очень неполно и наиболѣе точныя указанія могли давать почти только тогда, когда они запечатлѣвались въ какомъ-нибудь законодательномъ или литературномъ памятникѣ. Впрочемъ знанія каждой юриспруденціи основываются по преимуществу на памятникахъ; но въ упрекъ римскимъ юристамъ (если только здѣсь можетъ быть рѣчь объ упрекахъ) надо поставить то, что они не чувствовали ни малѣйшаго интереса къ правдивому изслѣдованію прошедшаго и приводили прошедшее право развѣ ради курьоза или ради вящаго выясненія учрежденій, имъ современныхъ. «Аквиліевъ законъ», говоритъ Ульпіанъ, «отмѣнилъ всѣ предшествовавшіе законы о неправомѣрномъ поврежденіи чужаго имущества и потому не за чѣмъ излагать эти законы» [685]). Вотъ мѣсто, которое прекрасно характеризуетъ отношеніе юриста къ исторіи права. Указывая время появленія какого-нибудь учрежденія, юристъ исполняетъ это самымъ неточнымъ образомъ, говоря: потомъ (postea, deinde), когда-то (olim), нынѣ (nunc) и т. п.; каждое изъ такихъ обозначеній обладаетъ наиболѣе неопредѣленнымъ значеніемъ, напр., у Гая «когда-то» (olim) означаетъ то время изданія XII таблицъ, то время изъ начала имперіи. Помпоній, разсказывая свою исторію законодательства, магистратуры и юриспруденціи, всѣ свои хронологическіе указанія ограничиваетъ тѣмъ, что повторяетъ множество разъ слово «потомъ» (deinde,—deinde,—deinde). Гай сообщаетъ такой важный фактъ, какъ реформа судопроизводства двумя Юліевыми законами и закономъ Эбуція, и ни единымъ словомъ не проговаривается о содержаніи этихъ законовъ и ихъ взаимномъ соотношеніи, не говоря уже о времени изданія ихъ. Время изданія законовъ, за рѣдкими исключеніями, вообще остается неуказаннымъ. От-

---

685) *Dig.* 9. 2 fr. 1 pr.

носительно происхожденія иныхъ институтовъ юристы удовлетворялись объясненіями, наиболѣе наивными и неправдоподобными. Но всего замѣчательнѣе была *догматизація* принциповъ и учрежденій, которыя во время имперіи могли представлять одинъ историческій интересъ. Другими словами, юристы представляли такія принципы и учрежденія, какъ нѣчто, обладающее современнымъ значеніемъ, и искали основаніе ихъ въ условіяхъ современной гражданской жизни. Такъ, объ эксцепціи они продолжали учить, что эксцепція есть актъ отвѣтчика, подобный иску истца (стр. 375), и находили существенное различіе между защитою отвѣтчика ipso iure и ope exceptionis, тогда какъ это различіе было только историческое [686]. Въ цивильномъ правѣ способы прекращенія правъ соотвѣтствовали, по формѣ своей, способамъ ихъ установленія; на этомъ правилѣ настаивали еще Ульпіанъ и Павелъ [687]). Правило относилось прежде всего къ обязательствамъ; такъ, обязательство, которое установлялось re (напр.,

---

[686]) Вотъ случай, въ которомъ мнимое различіе, указанное въ текстѣ, вело къ практическимъ послѣдствіямъ. Если кредиторъ и должникъ вступали въ соглашеніе (pactum) о прекращеніи обязательства, то въ однихъ случаяхъ (контракты по доброй совѣсти) обязательство уничтожалось ipso iure, въ другихъ (напр., стипуляція) — чрезъ эксцепцію. Положимъ, что между кредиторомъ и должникомъ состоялся рядъ соглашеній (pacta), противоположныхъ одно другому по содержанію. Если pactum уничтожаетъ обязательство ipso iure, то, коль скоро состоялось направленное къ этой цѣли соглашеніе, никакое послѣдующее pactum не можетъ возродить разъ уничтоженное обязательство. Напротивъ, если pactum проявляетъ свое дѣйствіе только ope exceptionis, то новое соглашеніе можетъ (чрезъ replicatio) устранить первое и обязательство снова получаетъ жизнь. Одно изъ практическихъ послѣдствій этихъ правилъ заключается въ томъ, что поручители по стипуляціи (fideiussores) не могутъ ссылаться на соглашеніе кредитора и должника о сложеніи долга, коль скоро оно было отмѣнено (*Dig.* 2. 14 fr. 27 § 2). Оправданіе всей этой конструкціи юристъ находитъ въ томъ обстоятельствѣ, что exceptio основываетъ свою силу не на правѣ, а на „фактѣ“. Такимъ образомъ чисто историческое различіе между ius и factum, въ извѣстномъ ихъ римскомъ смыслѣ, оказывается разсмотрѣннымъ со стороны римскаго юриста какъ догматическое понятіе и родитъ послѣдствія съ практическимъ значеніемъ.

[687]) *Dig.* 50. 17 fr. 153 (Paul.), ср. fr. 35 (Ulp.).

заемъ) *погашалось* уплатой, т.-е. тоже re, консенсуальное же обязательство (напр., купля) могла быть *отмѣнена* соглашеніемъ противоположнаго содержанія. Юристы, очевидно, не замѣчали, что отмѣна не есть то же самое, что погашеніе или удовлетвореніе, и что удовлетвореніе по консенсуальнымъ контрактамъ могло произойти, въ свою очередь, также re, посредствомъ уплаты или передачи, напр., уплата покупной цѣны, передача проданной вещи. Павелъ пошелъ еще дальше и примѣнилъ излюбленное правило къ пріобрѣтенію и прекращенію владѣнія. Владѣніе пріобрѣталось, по доктринѣ римскихъ юристовъ, чрезъ соединеніе двухъ условій: желанія овладѣть вещью (animus) и поставленія себя въ извѣстное фактическое отношеніе къ ней (corpus); по утвержденію Павла, владѣніе теряется только тогда, когда оба названныя условія видоизмѣняются въ противоположныя (in contrarium actum). Между тѣмъ въ источникахъ разсѣяны случаи, гдѣ владѣніе признается потеряннымъ, какъ скоро владѣлецъ, вовсе не думая отказываться отъ него, выказываетъ только пренебреженіе къ нему.—Только по историческому предразсудку, именно потому, что поклажа принадлежала старому праву, полная отвѣтственность за неосторожность (culpa) не примѣнялась въ практикѣ этого договора, тогда какъ она примѣнялась всецѣло въ отношеніяхъ по ссудѣ; но юристъ пытался объяснить это различіе особенностями самихъ отношеній по сказаннымъ двумъ договорамъ [688]). Интереснѣе всего, можетъ быть, тѣ измѣненія, которыя послѣдовательно пережило понятіе «общенароднаго» права (ius gentium). Мы знаемъ, что первоначально ius gentium было право, по содержанію преимущественно торговое и назначенное регулировать отношенія перегриновъ между собою и съ Римлянами. Когда городской преторъ принялъ его въ свою юрисдикцію, тогда оно стало общимъ правомъ Римлянъ и перегриновъ; притомъ изъ торговаго оно превратилось въ обще-гражданское: ius gentium обозначало *новое* гражданское право, въ противоположность старому, цивильному. Но, находясь подъ обояніемъ общенароднаго права,

ius gentium и ius naturale.

[688]) *Dig.* 13. 6 fr. 5 § 2.

которое отодвинуло на задній планъ цивильное право, и позабывъ о первоначальной исторіи ius gentium, юристы старались опредѣлить его догматически, изъ его содержанія, какъ оно представлялось въ ихъ время. Изъ права, которое назначено для всѣхъ свободныхъ лицъ на римской территоріи, ius gentium стало подъ перомъ юристовъ правомъ, которое существуетъ у всѣхъ народовъ; ius gentium, такъ сказать,—обобщеніе отъ разнообразныхъ правъ, которыя существуютъ на земной поверхности. Къ такому ius gentium принадлежатъ, напр., рабство, опека [689]). Потомъ искаженіе первоначальнаго понятія пошло еще далѣе. Подъ ius gentium понимали право, которое установлено у всѣхъ людей естественнымъ разумомъ; потому оно — общенародное. Общенародное право совпало съ естественнымъ (ius naturale); въ этомъ смыслѣ оно прирождено человѣчеству и, стало-быть, древнѣе цивильнаго права [690]). Гай былъ готовъ употреблять названіе ius gentium безразлично съ названіемъ ius naturale [691]). «То право», говоритъ онъ, «которое естественный разумъ установляетъ между всѣми людьми, примѣняется одинаково у всѣхъ народовъ и называется общенароднымъ» (ius gentium). Такое отождествленіе обоихъ правъ было прямымъ результатомъ объективизма идей и обладало формальнымъ характеромъ; напрасно было бы думать, что идеи естественнаго права принадлежала особенная творческая роль и что отождествленіе обоихъ правъ было сдѣлано юристами «вслѣдствіе желанія отыскать матеріалъ для естественнаго права и внѣшній авторитетъ, подъ которымъ оно могло бы быть проведено въ положительное право» (Боголѣповъ) [692]). Тщательная догматическая разработка обоихъ понятій (ius gentium и ius naturale) привела юристовъ послѣ

---

[689]) *Cicero*, De officiis, III, 17, 69: Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos.... и т. д.

[690]) Гай въ *Dig*. 41. 1 fr. 1 pr.: antiquius (iure civili) ius gentium cum ipso genere humanu proditum est; ср. *Inst*. 2. 1 § 11.

[691]) *Gai*. I. 1 и Гай въ *Dig*. 41. 1 fr. 1 pr.

[692]) Подробности см. *Муромцевъ*, Очерки общей теоріи гражданскаго права, 1877, стр. 287—304.

Гая къ нѣкоторому ихъ различенію, но существеннаго значенія это не имѣло. Это былъ дальнѣйшій шагъ на пути формальнаго развитія обоихъ понятій, который не подрывалъ однако основнаго предположенія о коренномъ родствѣ общенароднаго и естественнаго права.

XX.

Индивидуализмъ.

Юридическое творчество въ имперіи.

§ 199. Источники императорскаго періода содержатъ многія указанія на творческую дѣятельность юриспруденціи. Относительно рѣшеній и нормъ свидѣтельствуется часто, что они ведутъ свое начало отъ такихъ-то юристовъ; юристы изображаются дающими отвѣты даже самимъ преторамъ; рѣшая тотъ или другой вопросъ, не подходящій подъ сложившіяся нормы, юристы, не стѣсняясь, назначаютъ иски и эксцепцію in factum, т.-е. именно для даннаго случая; не ограничиваясь фиктивными исками, которые формулированы преторомъ, они распространяютъ, по собственной иниціативѣ, старые иски на новые случаи, по аналогіи и въ видахъ пользы гражданскаго оборота (actiones utiles); они практикуютъ иски съ общимъ характеромъ, т.-е. такіе, которые способны защищать всякую сдѣлку извѣстной категоріи (формальный, реальный контрактъ), безъ отношенія къ содержанію ея въ данномъ случаѣ (кондикція, a. praescriptis verbis). Постановленія закона и эдикта по всѣмъ существеннымъ вопросамъ толкуются такъ, что институты получаютъ совершенно новый характеръ и новое назначеніе (a. legis Aquiliae, a. Publiciana). Наконецъ многіе институты (ученіе объ error, culpa и т. д.) не имѣютъ никакой опоры въ законѣ или эдиктѣ и составляютъ очевидное произведеніе самой юриспруденціи.

Результаты, къ которымъ, по разнымъ вопросамъ, пришла въ концѣ концовъ римская юриспруденція, обладаютъ высокою практическою цѣною; они не утратили ея даже до сего

времени. Но въ римскихъ источникахъ мы не найдемъ этихъ результатовъ собранными въ какое-либо цѣльное, систематическое изложеніе. Мы найдемъ тамъ только множество отдѣльныхъ рѣшеній, которыя относятся къ казуальнымъ вопросамъ, одинъ за другимъ возникавшимъ въ римской практикѣ. Тѣмъ не менѣе всѣ эти рѣшенія, взятыя въ ихъ совокупности, не произвольны и не противорѣчивы. Они проникнуты воззрѣніями, которыя составляли общее достояніе тогдашней юриспруденціи; группируя ихъ и обобщая, мы получаемъ принципы, широкіе—по предѣламъ ихъ примѣненія, могучіе по ихъ значенію для гражданской жизни и между собою приведенные въ необходимое согласіе. Республиканская юриспруденція завѣщала эти принципы императорской; императорская юриспруденція сообщила имъ наибольшее развитіе.

Индивидуализмъ оборота и правосудія.

§ 200. Живой торговый оборотъ привелъ къ окончательному торжеству начало личнаго обладанія; распаденіе стараго общественнаго строя открыло въ свободныхъ классахъ общества широкій путь для развитія нравственнаго индивидуализма,—для всего разнообразія стремленій, симпатій и антипатій, вкусовъ и страстей; территоріальное расширеніе общества, его наполненіе разнообразными иностранными элементами, усложненіе всѣхъ условій и отношеній жизни вело къ широкому разнообразію отдѣльныхъ положеній. Индивидуализмъ жизни вызвалъ соотвѣтствующій индивидуализмъ въ гражданскомъ оборотѣ и въ гражданскомъ правосудіи. Въ гражданскомъ оборотѣ возникло и развивалось стремленіе принаровлять сдѣлку къ особенностямъ каждаго даннаго случая и, по возможности, выражать въ сдѣлкѣ тѣ особенныя цѣли, которыя могли руководить сторонами при ея заключеніи; задача гражданскаго правосудія состояла въ томъ, чтобы это стремленіе оборота находило себѣ законную защиту, какъ при формулированіи юридическихъ нормъ, такъ и при постановленіи судебныхъ рѣшеній.

Первые корни индивидуализма находились уже въ древнѣйшемъ правѣ и самыя выраженія его уже рано распредѣлились по тремъ направленіямъ, соотвѣтственно тремъ дѣятелямъ гражданско-правовой жизни: законодателю, судьѣ и дѣйству-

ющему субъекту. Такъ, прежде всего индивидуализмъ выразился въ «особенномъ» правѣ (ius singulare), т.-е. въ юридическихъ нормахъ, которыя, составляя исключеніе изъ общаго правила, назначались для регулированія отношеній какой-либо особой категоріи лицъ. Очень рано такія нормы были образованы касательно правъ малолѣтнихъ (§ 56); потомъ послѣдовало особое право женщинъ вообще, особое право замужнихъ женщинъ (постановленія о приданомъ, дареніи), солдатъ и т. п. Далѣе индивидуализмъ выразился въ видѣ особыхъ полномочій судьи при разрѣшеніи отдѣльныхъ казусовъ (§§ 201—209) и въ видѣ свободы выбора, предоставленной сторонамъ при совершеніи сдѣлокъ и облеченіи своихъ отношеній притязаній въ юридическую форму (§§ 210—218). Эти два вида индивидуализма — индивидуализмъ, проводимый чрезъ судью, и индивидуализмъ, осуществляемый самими сторонами, заслуживаютъ особаго разсмотрѣнія.

I. Полномочія судьи относительно способа удовлетворенія тяжущихся сторонъ.

Виды кондемнаціи.

§ 201. Каждое право состоитъ изъ двухъ элементовъ: изъ отношенія защищаемаго и отношеній защищающихъ. Эти послѣднія назначены для того, чтобы оградить существованіе защищаемаго отношенія. Защищающія отношенія сводятся главнымъ образомъ на судебную защиту права. Судебная защита нерѣдко ведетъ къ возстановленію именно того отношенія, которое въ данномъ случаѣ защищается, и возстановляетъ его именно въ томъ видѣ, въ которомъ застало его правонарушеніе. Но судебная защита вообще не способна производить такое дѣйствіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Напротивъ, очень часто она представляетъ только способъ косвеннаго воздѣйствія на отвѣтчика и въ концѣ концовъ приводитъ къ такому удовлетворенію истца, которое далеко не походитъ на возстановленіе его права, въ первоначальномъ видѣ. Не всегда судья можетъ заставить отвѣтчика, противъ его воли, совершить тѣ или другія обязательственныя дѣйствія. Судьѣ не остается тогда другаго исхода, какъ

вознаградить истца денежною суммою, которая представляла бы эквивалентъ искомаго. Потому преторъ не писалъ въ формулѣ, которую онъ составлялъ въ руководство судьѣ, «присуди NN къ возвращенію такой-то вещи», или «присуди NN къ совершенію такихъ-то дѣйствій», потому что такое полномочіе легко могло бы оказаться неисполнимымъ. Взамѣнъ того преторъ избралъ пріемъ, наиболѣе общій и отвлеченный (ср. стр. 295) [693]). «Во всѣхъ формулахъ, которыя имѣютъ кондемнацію», говоритъ Гай, «она предписываетъ денежную оцѣнку. Итакъ, если мы отыскиваемъ въ судѣ какую-либо вещь, напр., землю, человѣка, одежду, золото, серебро, судья присуждаетъ отвѣтчика не къ выдачѣ самой вещи,—какъ это бывало прежде,—но, сдѣлавъ оцѣнку спорной вещи, присуждаетъ его къ денежной уплатѣ». Конечно, были случаи, когда самый предметъ спора состоялъ изъ опредѣленной суммы денегъ; тогда въ формулѣ преторъ прямо указывалъ судьѣ на эту сумму, какъ на ту, которая подлежала взысканію при осужденіи отвѣтчика. Это — condemnatio certae pecuniae, точное указаніе судьѣ суммы взысканія. Судьѣ въ такомъ случаѣ предоставлялись только два исхода: онъ или присуждалъ отвѣтчика къ уплатѣ указанной суммы, или оправдывалъ его вполнѣ; средній исходъ, т.-е. присужденіе къ уплатѣ меньшей, чѣмъ указанная въ формулѣ, не допускался. Такимъ образомъ, если истецъ, по ошибкѣ или по другой причинѣ, предъявлялъ искъ на сумму, бо̀льшую той, которая слѣдовала ему, то, по судебному приговору, не получалъ ничего. Здѣсь, стало быть, сохранялся еще строгій порядокъ стараго времени съ его постановленіями о plus petitio (стр. 96).—Въ другихъ случаяхъ, — и таковыхъ было большинство,—преторъ не могъ указать судьѣ точной суммы взысканія и потому ограничивался тѣмъ, что давалъ ему общее полномочіе на денежную оцѣнку иска. Это—condemnatio incertae pecuniae, неточное указаніе судьѣ суммы взысканія. Въ свою очередь, оно представлялось въ двухъ видахъ. Въ однихъ случаяхъ оно сопровождалось указаніемъ maximum'а

---

[693]) *Gai.* IV. 48—52.

взысканія, что называлось юристами praefinitio, а обыкновенными смертными—taxatio; въ другихъ не обнаруживалось никакого максимума. Въ случаяхъ первой категоріи судья уполномочивался присудить отвѣтчика къ денежному взысканію, по своему усмотрѣнію, но не свыше указаннаго maximum'а. Очевидно, преторъ опасался дать судьѣ неограниченный просторъ дѣйствій, чтобы въ иныхъ случаяхъ оцѣнка не приняла слишкомъ субъективнаго и произвольнаго характера. Подобная опасность легко могла представиться, напримѣръ, при разрѣшеніи споровъ по обязательствамъ, когда содержаніе обязательства состояло въ какой-либо услугѣ и т. п. Рыночная цѣна такихъ дѣйствій не всегда могла быть настолько опредѣленною, чтобы въ ней одной видѣть достаточную гарантію противъ чрезмѣрнаго увеличенія суммы взысканія.

Кондемнація безъ максимума, неопредѣленная и неограниченная (incerta et infinita), практиковалась въ посредническомъ разбирательствѣ, къ которому мы теперь и обращаемся.

Иски о раздѣлѣ.

§ 202. Уже во время изданія XII таблицъ было въ обычаѣ поручать разсмотрѣніе нѣкоторыхъ гражданскихъ споровъ не обыкновеннымъ судьямъ (iudices), но посредникамъ (arbitri) Въ какихъ именно случаяхъ назначались посредники въ старое время—въ точности неизвѣстно. Но несомнѣнно, что къ числу посредническихъ исковъ издавна принадлежали два раздѣльные иска: искъ о раздѣлѣ между сонаслѣдниками общаго наслѣдственнаго имущества (a. familiae erciscundae) [694]) и искъ о возстановленіи нарушенныхъ межей (a. finium regundorum) [695]). Кромѣ того посредники разбирали споры о направленіи дождевыхъ стоковъ (a. aquae pluviae arcendae) [696]) и дѣлали разсчетъ между собственникомъ и владѣльцемъ вещи по поводу плодовъ (fructus), собранныхъ этимъ послѣднимъ съ вещи перваго [697]). Потомъ, когда развилась частная собственность и вошло въ обычай пріобрѣтеніе ея въ складчину, на

---

694) *Leg.* XII tab. V. 10.
695) *Leg.* XII tab. VII. 5.
696) *Leg.* XII tab. VII. 8a.
697) *Leg.* XII tab. XII. 3.

началахъ товарищества (societas), къ названнымъ искамъ присоединился искъ о раздѣлѣ общаго имущества (a. communi dividundo) [698]). При разрѣшеніи этихъ споровъ юридическое положеніе посредника значительно отличалось отъ юридическаго положенія обыкновеннаго судьи. Особенно это отличіе выражалось въ разбирательствѣ по раздѣльнымъ искамъ. Судья (iudex) былъ озабоченъ прежде всего тѣмъ, чтобы раскрыть права тяжущихся, наприм., принадлежитъ-ли такая-то вещь истцу, долженъ-ли отвѣтчикъ истцу столько-то. Если этотъ вопросъ разрѣшался благопріятно для истца, то судья присуждалъ въ его пользу спорный предметъ или его денежный эквивалентъ. Напротивъ въ раздѣльныхъ искахъ права тяжущихся были обыкновенно внѣ спора, но посредникъ долженъ былъ распредѣлить общее имущество соразмѣрно правамъ каждаго, и именно это распредѣленіе обладало особеннымъ юридическимъ характеромъ. Положимъ, наприм., что два лица, А и В, сособственники или сонаслѣдники, домогаются раздѣла поровну общаго имущества; предположимъ далѣе, что имущество это такого рода, что, дѣйствительно, можетъ быть раздѣлено на двѣ части, по цѣнѣ равныя половинѣ всего имущества; напр., 100 югеровъ пахотной земли одинаковаго качества дѣлятся на двѣ части по 50 югеровъ, 1000 овецъ распредѣляются на два равноцѣнныя стада. Посредникъ, раздѣливъ общее имущество такимъ образомъ и присудивъ каждому изъ тяжущихся, А и В, по части, производитъ слѣдующее измѣненіе въ ихъ юридическомъ положеніи: до судебнаго приговора А, точно такъ же какъ и В, былъ собственникомъ, хотя и не исключительнымъ, всѣхъ ста югеровъ земли или каждой овцы въ тысячномъ стадѣ; теперь же онъ становится исключительнымъ собственникомъ, но только извѣстныхъ пятидесяти югеровъ или пятисотъ овецъ. Стало-быть, посредникъ уничтожилъ старыя права и установилъ новыя; онъ уничтожилъ сособственность двухъ лицъ и создалъ два отдѣльныя права собственности.— Въ другихъ случаяхъ эта функція посредника представлялась болѣе сложною, нежели во взятомъ нами, наиболѣе простомъ

[698]) *Dig*. 10. 3

примѣрѣ. Имущество, подлежащее раздѣлу, могло не дѣлиться на части безъ ущерба для своей дѣлимости; или, напр., межи двухъ имѣній могли быть на столько повреждены, что было невозможно открыть ихъ прежнее положеніе. Какъ поступалъ въ такихъ случаяхъ посредникъ? Вмѣсто того, чтобы дѣлить имѣніе на части, онъ отдавалъ его нераздѣльно одному изъ тяжущихся и обязывалъ его вознаградить деньгами другихъ тяжущихся соразмѣрно долѣ каждаго изъ нихъ. Или же имѣніе раздѣлялось между нѣсколькими лицами, согласно съ тѣмъ какъ позволяли это естественныя и экономическія свойства его, и, стало быть, не совсѣмъ пропорціонально правамъ каждаго; неравенства же, образовавшіяся отъ того, сглаживались путемъ установленія взаимныхъ обязательствъ. Отдѣльныя, вновь образованныя части имѣнія (когда дѣлилось поземельное владѣніе) могли быть лишены тѣхъ или другихъ важныхъ хозяйственныхъ удобствъ и тогда это затрудненіе устранялось установленіемъ подлежащихъ сервитутовъ, объектомъ которыхъ были другія части имѣнія. Съ юридической точки зрѣнія, во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣятельность посредника сводилась къ тому, что, распредѣляя имущество между тяжущимися, онъ *уничтожалъ* многія существующія права и *установлялъ* многія новыя. Напр., тяжущіеся А и В, обладая на равныхъ доляхъ общимъ имѣніемъ, которое стоило 100000, домогались его раздѣла. Посредникъ присуждалъ все имѣніе А и обязывалъ его уплатить В 50000. Такимъ образомъ А дѣлался исключительнымъ собственникомъ всего имѣнія, тогда какъ до судебнаго приговора состоялъ только въ числѣ его сособственниковъ; для него судебный приговоръ установилъ новое право собственности, точно такъ же какъ по отношенію къ В тотъ же приговоръ уничтожилъ всякое право собственности. Кромѣ того тотъ же приговоръ установилъ новое обязательство объ уплатѣ 50000. Точно такъ же въ межевомъ спорѣ, при возстановленіи затерянной межи, могло случиться, что, при проложеніи новой межи, посредникъ отдавалъ каждому изъ сосѣдей куски земли, имъ прежде не принадлежавшія, и лишалъ ихъ такого пространства, которое прежде состояло въ ихъ собственности.

Формула исковъ о раздѣлѣ.

§ 203. Итакъ, въ противоположность судьѣ, въ разбирательствѣ по раздѣльнымъ искамъ посредникъ занимался главнымъ образомъ вопросомъ: какъ надо измѣнить права тяжущихся, чтобы общее имущество распредѣлилось между ними соразмѣрно долѣ каждаго и безъ общаго уменьшенія своей цѣнности. Эту особенность раздѣльные иски не могли не сохранить и въ формулярномъ судопроизводствѣ. Въ формулу этихъ исковъ, сверхъ обычныхъ частей (intentio, condemnatio), вносилась особая часть, названная adiudicatio (стр. 252). Ею судья уполномочивался присудить кому-либо изъ тяжущихся вещь, не составлявшую его исключительнаго достоянія [699]). Формула назначала уже судью, но не посредника; но этотъ судья пользовался въ данномъ случаѣ всѣми привиллегіями посредника, такъ что искъ сохранялъ, попрежнему, посредническій характеръ. Adiudicatio давала судьѣ возможность производить необходимыя измѣненія въ вещныхъ правахъ тяжущихся, а стоявшая рядомъ кондемнація открывала полномочіе на отягощеніе ихъ обязательствами. Вмѣстѣ съ этимъ раздѣльные иски представлялись въ формулярномъ судопроизводствѣ рѣзкимъ и крупнымъ исключеніемъ изъ того правила, по которому судебный приговоръ долженъ былъ содержать денежную оцѣнку иска. Въ раздѣльныхъ искахъ судья присуждалъ сторонамъ не только денежныя суммы, но и опредѣленные предметы и такая особенность зависѣла, конечно, отъ самаго назначенія сказанныхъ исковъ, которое было бы неосуществимо, если бы въ ихъ формулѣ не стояла adiudicatio.

Посредническое разбирательство.

Въ судопроизводствѣ по раздѣльнымъ искамъ выработался особый типъ судьи-посредника, который пользовался особенною властью и при помощи ея оказывалъ особенное вліяніе на положеніе и образъ дѣйствій тяжущихся. Посредникъ склонялъ ихъ къ различнымъ рѣшеніямъ, необходимымъ для осуществленія раздѣла и въ случаѣ спора изъ за обладанія имуществомъ присуждалъ его тому, кто представлялся ему наиболѣе способнымъ для точнаго исполненія предположенныхъ обязательствъ. Прежде чѣмъ произнести окончательное рѣшеніе,

[699]) *Gai.* IV. 42.

посредникъ добивался по многимъ вопросамъ добровольнаго соглашенія, стращая несговорчивыхъ невыгодными сторонами судебнаго раздѣла; въ концѣ концовъ судебный приговоръ устанавливалъ лишь тѣ пункты, по которымъ не могли столковаться сами тяжущіеся.

Actiones arbitrariae

Этотъ типъ судьи-посредника какъ разъ согласовался съ требованіями индивидуализма. Индивидуализмъ требовалъ, чтобы каждое отдѣльное столкновеніе (казусъ) разрѣшалось примѣнительно къ его особенностямъ, чтобы судебное рѣшеніе согласовалось съ даннымъ положеніемъ субъекта, объекта и окружающей обстановки. Посредническій характеръ иска могъ смягчить невыгоды, сопряженныя съ тѣмъ общимъ правиломъ, что осужденіе должно быть выражено непремѣнно въ денежной суммѣ; потому посредническій характеръ былъ сообщенъ многимъ другимъ искамъ, помимо раздѣльныхъ, и такъ образовался особый разрядъ «арбитрарныхъ» исковъ (acciones arbitrariae) съ судьею, который дѣйствовалъ, какъ посредникъ. Именно, когда предметомъ судебнаго спора была опредѣленная вещь, а не денежная сумма, тогда особенный интересъ истца могъ состоять въ томъ, чтобы получить именно эту вещь; она могла быть настолько дорога для него, что никакое денежное удовлетвореніе не представлялось ему равноцѣннымъ; такъ было вообще въ вещныхъ искахъ (виндикація и др.), такъ могло быть во многихъ личныхъ искахъ (напр., a. doli, a. quod metus causa, a. depositi и мног. друг.). Чтобы соблюсти такой интересъ истца, не нарушая общаго правила относительно денежной оцѣнки иска, преторъ сообщалъ судьѣ посредническія функціи [700]) и въ формулѣ не ограничивалъ кондемнацію какимъ-либо максимумомъ [701]). Кондемнація составлялась неопредѣленною и неограниченною (incerta et infinita); судья, пользуясь своими посредническими функціями, грозилъ отвѣтчику огромнымъ денежнымъ взысканіемъ на случай, если онъ добровольно не возвратитъ истцу его вещи. Если отвѣтчикъ покорялся и возвращалъ требуемое, то судья постанов-

---

[700]) *Inst.* 4. 6 § 31.
[701]) *Gai.* IV. 51.

лялъ оправдательный приговоръ; непокорство же влекло на отвѣтчика огромное денежное взысканіе, которое могло превышать въ нѣсколько разъ рыночную цѣнность спорной вещи. Только въ рѣдкихъ случаяхъ страхъ подобнаго взысканія могъ не оказать надлежащаго дѣйствія и тогда истцу предстояло удовлетвориться денежнымъ вознагражденіемъ, впрочемъ почтенныхъ размѣровъ [702]).—Когда отвѣтчикъ упорствовалъ по злому умыслу (dolus) или въ видахъ прямаго надсмѣхательства надъ правомъ истца (contumacia), тогда опредѣленіе размѣра взысканія предоставлялось самому истцу; ему дозволялось показать подъ присягою сумму, въ которую онъ оцѣнивалъ свои убытки. Присяга называлась въ этомъ случаѣ iuramentum *in litem* delatum [703]) въ отличіе отъ iuramentum *in iure* (стр. 78). Истецъ могъ оцѣнить свои убытки во сколько угодно (ad infinitum). Повидимому, сначала сумма, которую онъ указывалъ. не подлежала провѣркѣ со стороны судьи, какъ бы велика она ни была; но Ульпіанъ полагалъ, что судья имѣетъ право до принесенія присяги указать истцу максимумъ, за который тотъ не долженъ переступать въ своихъ требованіяхъ, а послѣ присяги—уменьшить требованія истца сообразно имѣющимся даннымъ; по мнѣнію Марцелла, судья можетъ даже совсѣмъ оправдать отвѣтчика, не смотря на присягу, принесенную истцомъ. Ульпіанъ выводитъ все это, какъ требованіе «доброй совѣсти» (bona fides).

Виндикація могла первая, и притомъ уже ко времени Цицерона, воспринять посредническій характеръ, который отражался въ самой формулѣ, напр.: «Титъ назначается судьею. Если окажется, что вещь, о которой идетъ споръ, принадлежитъ по праву Квиритовъ АА, и *если NN при твоемъ посредничествѣ не возвратитъ ее АА*, то ты осуди NN въ

---

[702]) *Inst.* 4. 6 § 31: in his actionibus (sc. arbitrariis) permittitur iudici ex bono et aequo s e c u n d u m c u i u s q u e r e i de qua actum est n a t u r a m aestimare, quaemadmodum actori satisfieri oporteat; *Dig.* 13. 4 fr. 4 § 1:... in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex; *Dig.* 6. 1 fr. 38 pr.... bonus iudex varie ex personis causisque constituet.

[703]) *Dig.* 12. 3.

пользу АА, сколько та вещь стоитъ; если не окажется, то оправдай» [704]). По образцу виндикаціи сформировались другія вещные иски и искъ о наслѣдствѣ, а вмѣстѣ съ тѣмъ посредническій характеръ сообщился многимъ личнымъ искамъ, какъ, напр., иску противъ обманщика (a. de dolo) или принудителя (a. quod metus causa), иску о поклажѣ (a. depositi) и мног. др. Впрочемъ для составленія точнаго списка посреднических исковъ источники не содержатъ данныхъ [705]); современемъ должна была вообще нарушиться строгая граница между посредническимъ разбирательствомъ (arbitrium) и разбирательствомъ по доброй совѣсти (bonae fidei iudicia), такъ что, напр., юристъ Марцеллъ (ок. 235 г. по Р. Х.) считалъ присягу in litem вообще принадлежностью разбирательства по доброй совѣсти [706]).

Оцѣнка интереса.

§ 204. Широкія полномочія, которыми судья пользовался при опредѣленіи той суммы, которую надлежало взимать съ виновнаго отвѣтчика, внесли индивидуализмъ въ самый способъ оцѣнки иска или убытковъ [707]).

Старое право знало только одинъ способъ оцѣнки, который шелъ совершенно въ разрѣзъ съ требованіями индивидуализма. Это былъ способъ безусловной или объективной оцѣнки. Если убытокъ истца состоялъ въ потерѣ вещи, то онъ опредѣлялся по рыночной цѣнѣ этой вещи; такъ, воръ (и каждый, кто уподоблялся вору, § 43), приговаривался къ штрафу вдвое или втрое противъ рыночной цѣны украденнаго; за правонарушенія, которыя предусматривалъ Аквиліевъ законъ, слѣдовало взысканіе въ размѣрѣ высшей цѣны вещи за послѣдній годъ или мѣсяцъ; должникъ по сдѣлкѣ (напр., по стипуляціи или займу) отвѣчалъ по рыночной стоимости вещи, которую онъ

---

[704]) Titius iudex esto. Si paret illam rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse, neque eam Numerius Negidius Aulo Agerio arbitratu tuo restituet, quanti ea res erit, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito; см. у *Keller'a*, Civilprocess, § 28.

[705]) Ср. *Gai.* IV. 51; *Inst.* 4. 6 fr. 31.

[706]) *Dig.* 12. 3 fr. 5 pr.

[707]) *Friedrich Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, 1855; *Cohnfeldt*, Die Lehre vom Interesse, 1865; *Voigt*, III, §§ 124 и 142.

обѣщалъ, или въ размѣрѣ суммы, которую онъ занялъ. Если правонарушеніе касалось не имущества, но личности, то въ самомъ законѣ на этотъ случай существовала точная оцѣнка; такъ, по XII таблицамъ, за оскорбленіе полагался штрафъ въ 25 ассовъ, за увѣчье (os fractum) 300 ассовъ. Однимъ словомъ, во всѣхъ однородныхъ случаяхъ убытокъ оцѣнивался одинаково, безъ вниманія къ индивидуальнымъ особенностямъ пострадавшаго. Взысканія вдвое и втрое имѣли своимъ источникомъ чувство мести и своею цѣлью — наказаніе; но когда это ихъ значеніе нѣсколько ослабло — особенно въ тѣхъ искахъ, которые были только подобіями иска противъ вора (§ 43),— то они послужили почвою для образованія новаго понятія. Именно, здѣсь зародилась та мысль, что цѣна понесеннаго убытка не всегда равняется цѣнѣ потерянной вещи, но можетъ превышать ее. Такой же смыслъ пріобрѣлъ третной штрафъ (sponsio tertiae partis), который сопровождалъ въ извѣстныхъ случаяхъ осужденіе по l. a. per condictionem (стр. 214). Такимъ образомъ намѣтилось различіе, которое существовало между убыткомъ, происшедшимъ отъ неисправности должника, и цѣною вещи, имъ не представленной. Практика неустоекъ содѣйствовала дальнѣйшему укрѣпленію того же различія. Именно, вошло въ обычай, что должникъ обѣщалъ кредитору (въ формѣ условной стипуляціи) уплату извѣстной суммы въ случаѣ, если онъ не исполнитъ своего обязательства; эта сумма выражала собою цѣну даннаго обязательства для истца безъ отношенія къ рыночной цѣнѣ той вещи, которая служила предметомъ обязательства. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ (за исключеніемъ денежныхъ обязательствъ) неустойка опредѣлялась по соглашенію сторонъ и открывала кредитору возможность оцѣнить свое право сообразно условіямъ даннаго случая, насколько ихъ можно было предвидѣть при установленіи права [708]). Это былъ уже шагъ къ инди-

[708]) Объ историческомъ развитіи неустойки извѣстно слѣдующее. Стипуляціонная форма: «если ты не дашь то-то, то обѣщаешь-ли уплатить сто?» вела сначала къ тому, что въ установленіи неустойки признавали новацію главнаго, ранѣе установленнаго обязательства, такъ что кредиторъ имѣлъ только искъ о неустойкѣ, исполненіе же

видуализму. Дальнѣйшій прогрессъ вышеозначеннаго развитія шелъ въ непосредственной связи съ индивидуализмомъ. Повидимому, въ практикѣ исковъ по куплѣ-продажѣ (особенно a. empti) образовалась «свободная власть судьи цѣнить по справедливости» [709]), которая представляется потомъ, какъ характеристическая принадлежность каждаго разбирательства по совѣсти. Въ противоположность стоимости вещи (формула: quanti ea res est и друг.), судья долженъ былъ оцѣнить совокупность всѣхъ невыгодныхъ (для истца) послѣдствій неправомѣрнаго событія, отвѣтственность за которое право возлагало на отвѣтчика; другими словами, опредѣленію подлежала отрицательная цѣна сказаннаго событія. Эту послѣднюю мысль выражала обычная формула: quanti interest [710]).

главнаго обязательства оставлялось на добрую волю должника. Такъ смотрѣлъ на дѣло еще Павелъ по отношенію къ стипуляціоннымъ обязательствамъ (*Dig*. 44. 7 fr. 44 § 6), хотя нельзя сказать, чтобы къ его времени это старое положеніе осталось внѣ сомнѣнія. Напротивъ, уже Кв. Муцій Сцевола призналъ, что наслѣдникъ, обѣщавшій неустойку въ обезпеченіе исправной уплаты отказа, отвѣчаетъ и по неустойкѣ, и по отказу, а Сабинъ принялъ то же самое относительно стипуляцій съ неустойкою, какъ скоро вопросъ кредитора былъ формулированъ такъ: «обѣщаешь-ли дать то-то? если не дашь, то обѣщаешь-ли дать сто?» Взгляды обоихъ раздѣлялись Папиніаномъ (*Dig*. 45. 1 fr. 115 § 2), который притомъ пошелъ далѣе и указывалъ тотъ же порядокъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда при существованіи одной условной стипуляціи: «если ты не дашь то-то, то обѣщаешь-ли уплатить сто?», изъ ея смысла будетъ очевидно, что она содержитъ въ себѣ неустойку. Павелъ и здѣсь остался позади Папиніана (*Dig*. 44. 7 fr. 44 § 5).—Въ обязательствахъ по совѣсти (obl. bonae fidei) юристы избрали средній и наиболѣе раціональный путь. Въ неустойкѣ они видѣли суррогатъ вознагражденія за убытки и потому кредиторъ долженъ былъ ограничиться тѣмъ, что искалъ или неустойку, или вознагражденіе по главному обязательству; если неустойка не давала ему всего вознагражденія, то ему предоставлялся дополнительный искъ по главному обязательству. Такъ Юліанъ разрѣшаетъ относительно куплипродажи (*Dig*. 19. 1 fr. 28) и Ульпіанъ съ Павломъ относительно договора товарищества (*Dig*. 17. 2 fr. 41. 42. 71 pr.).

709) *Inst*. 4. 6 § 30: in bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi.

710) Глаголъ interesse относится къ неправомѣрному событію, причинившему убытокъ, см., напр., *Dig*. 4. 4 fr. 11 pr.: de dolo actio erit

Она уполномочивала и обязывала судью оцѣнить искъ въ размѣрѣ дѣйствительнаго убытка, претерпѣннаго въ каждомъ данномъ случаѣ истцомъ. Оцѣнка пріобрѣла вполнѣ индивидуальный, субъективный (съ точки зрѣнія истца, потерпѣвшаго) характеръ; всѣ юридическія и фактическія особенности даннаго случая принимались во вниманіе [711]). У юристовъ классической эпохи получилъ при оцѣнкѣ нѣкоторое значеніе даже неимущественный, нравственный интересъ, который могло представлять нарушенное право для его обладателя [712]). Со временемъ старыя формулы: quanti ea res est и друг. стали во многихъ случаяхъ толковаться въ смыслѣ quanti interest и субъективная оцѣнка перешла въ посредническія разбирательства (a. arbitrariae), въ разбирательство по кондикціямъ и интердиктамъ, въ иски по деликтамъ и, какъ кажется, по преторскимъ стипуляціямъ. Это обширное преобразованіе было главнымъ образомъ дѣломъ юристовъ имперіи [713]) и произошло не равномѣрно во всѣхъ своихъ частяхъ и не вездѣ было доведено до надлежащей полноты. Примѣромъ могутъ служить иски по деликтамъ. Въ то время какъ, напр., субъективная оцѣнка обиды (a. iniuriarum) совершенно вытѣснила старый способъ ея [714]), искъ по Аквиліеву закону (a. legis Aquiliae) не всегда направлялся по новому пути [715]), а относительно

---

in id quod minoris interfuit (hominem) non manumitti; *Dig.* 43. 24 fr. 15 § 12.... id quod interfuit opus non esse factum; *Dig.* 47. 2 fr. 10: cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet; за такою точкою зрѣнія выступаетъ другая (обыкновенно свойственная намъ): глаголъ interesse относится къ праву, потерянному истцомъ вслѣдствіе неисправности отвѣтчика, напр., *Dig.* 19. 1 fr. 1 pr.: Si res vendita non tradatur in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris. Всѣ цитованныя здѣсь мѣста принадлежатъ одному и тому же юристу (Ульпіану).

711) Нѣкоторыя подробности см. *Муромцевъ*, Опредѣленіе права, § 94.

712) Тамъ же, § 96.

713) См., напр., *Dig.* 43. 17 fr. 3 § 11 (Ульпіанъ въ противоположность Сервію); *Dig.* 43. 16 fr. 6 (Помпоній, Павелъ); *Dig.* 11. 3 fr. 9 § 3 (Нерацій).

714) *Gai.* III. 224.

715) *Dig.* 9. 2 fr. 29 § 3 ср. съ *Dig.* 19. 1 fr. 12.

исковъ противъ вора существовало крупное противорѣчіе въ словахъ одного и того же юриста, каковъ Ульпіанъ [716]). Излишнее уваженіе къ старымъ авторитетамъ было, повидимому, причиною того, что этотъ послѣдній юристъ стоялъ за объективную оцѣнку въ одномъ изъ случаевъ даже такого иска, каковъ былъ искъ по найму имущества (a. conducti) [717]); Павелъ же, по неизвѣстному побужденію, высказался однажды за объективную оцѣнку при виндикаціи [718]).

II. Полномочія судьи относительно юридической квалификаціи спорныхъ отношеній и событій.

Характеръ критерія.

§ 205. Прежде, чѣмъ постановить, *какъ* виноватый долженъ удовлетворить праваго, судья долженъ опредѣлить, кто изъ тяжущихся и насколько виноватъ или правъ; для этого судья оцѣниваетъ юридическое достоинство отношеній и событій, наличность которыхъ доказана, опредѣляетъ, подъ которое изъ юридическихъ понятій или нормъ подходитъ каждое изъ нихъ,— онъ квалифицируетъ отношенія и событія. Индивидуализмъ повліялъ на эту сторону судейской дѣятельности. Отвѣтственность, въ противоположность старому праву, была поставлена въ зависимость отъ субъективныхъ условій: умысла (dolus), (culpa) нерадѣнія; присутствіе этихъ условій на сторонѣ одного изъ тяжущихся опредѣляло степень его отвѣтственности. Судьѣ приходилось оцѣнить, съ юридической точки зрѣнія, образъ дѣйствій каждаго изъ тяжущихся; для того, чтобы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ такая оцѣнка соотвѣтствовала строго дѣйствительности, право не должно было стѣснять судью дробнымъ перечисленіемъ тѣхъ признаковъ, которые обращаютъ тотъ или иной образъ дѣйствій въ отвѣтственный или нѣтъ. Подобное перечисленіе пріурочило бы отвѣтственность къ извѣстному объективному сочетанію условій и устранило бы возможность

---

716) *Dig.* 47. 2 fr. 50: In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, s e d r e i v e r u m p r e t i u m;—fr. 27 pr. i. f.: et generaliter dicendum est i n i d q u o d i n t e r e s t duplari.

717) *Dig.* 19. 2 fr. 19 § 1.

718) *Dig.* 24. 1 fr. 36 pr.

уважать въ каждомъ данномъ случаѣ его субъективныя особенности. Напротивъ, право претора и юристовъ выставило въ руководство опредѣленія наиболѣе отвлеченнаго свойства. За основаніе принимался средній типъ человѣческихъ способностей, силъ и дѣйствій; этотъ типъ опредѣлялся наиболѣе общими признаками и судьѣ предоставлялось руководствоваться такимъ растяжимымъ мѣриломъ, въ обстановкѣ каждаго казуса находя ему конкретное выраженіе. Два важные результата достигались такимъ способомъ: вопервыхъ, отвлеченное опредѣленіе давало судьѣ наиболѣе возможности вносить индивидуализмъ въ разрѣшеніе каждаго казуса, примѣняться къ особенностямъ каждаго отдѣльнаго положенія; вовторыхъ, судебная практика получала возможность видоизмѣнять и развивать предѣлы отвѣтственности, сообразно послѣдовательному росту чувства справедливости въ обществѣ, не касаясь самыхъ опредѣленій [719]).

Развитіе суда по совѣсти.

§ 206. Судъ по «совѣсти» (bonae fidei iudicia) представляетъ наглядный примѣръ сказаннаго. По мѣрѣ того, какъ развивалась и утончалась «совѣсть» гражданскаго оборота, т.-е. обычай добропорядочныхъ, честныхъ людей, все бо́льшее и бо́льшее число обстоятельствъ становилось въ этомъ судѣ предметомъ юридической регламентаціи и въ зависимости отъ того расширялись и усложнялись взаимныя обязанности сторонъ. Раздвигая такимъ образомъ предѣлы своего разбирательства, судья по «совѣсти» лишь откликался на призывъ самого оборота, отчасти внося въ судъ то, что̀ помимо него

[719]) Какъ нормамъ общаго права, такъ и нормамъ особеннаго права (ius singulare, § 200) могло быть придано отвлеченное выраженіе и такимъ образомъ двѣ формы индивидуализма сочетавались вмѣстѣ. Примѣръ представляютъ правила относительно дѣеспособности лицъ, недостигшихъ 25-лѣтняго возраста. Вопросъ объ этой дѣеспособности разрѣшался особеннымъ правомъ, каковымъ вообще было право, относившееся къ малолѣтнимъ и несовершеннолѣтнимъ; но, далѣе нормы, которыя были установлены въ этомъ случаѣ, не опредѣляли, повидимому (ср. стр. 421), съ безусловною точностью, а оставляли многое на усмотрѣніе судьи; какъ кажется, судья, сообразуясь съ условіями каждаго даннаго случая, признавалъ сдѣлку, совершенную безъ согласія попечителя, дѣйствительною или недѣйствительною.

вырабатывалось въ жизни, отчасти же становясь во главѣ стремленій, жизнью, можетъ быть, едва намѣченныхъ. Говоря объ отвѣтственности продавца за недостатки проданной вещи (стр. 279) и за эвикцію (стр. 277) и показавъ, какимъ образомъ обязательства, которыя устанавливались сначала особо отъ главнаго, стали потомъ подразумѣваться какъ принадлежность этого послѣдняго (и потому осуществляться однимъ съ нимъ искомъ), мы представили лишь немногое изъ области постепеннаго развитія отвѣтственности «по совѣсти». Практика добавочныхъ соглашеній — съ первоначальнымъ непризнаніемъ этихъ соглашеній (какъ скоро они не облечены въ стипуляцію) и съ послѣдующею защитою ихъ тѣмъ же искомъ, что и главная сдѣлка (§ 212), —далѣе отношеніе исковъ «по совѣсти» къ иску объ обманѣ (a. doli), — съ первоначальнымъ разграниченіемъ обоихъ исковъ и съ послѣдующимъ употребленіемъ первыхъ вмѣсто послѣдняго, постепенное внесеніе двусторонняго характера въ разбирательство по совѣсти, т.-е. поставленіе требованій каждой изъ сторонъ во взаимную зависимость отъ требованій другой противоположной стороны, и, въ связи съ тѣмъ, преобразованіе этого разбирательства въ посредническое (§ 203 i. f.), — все это составляло отдѣльныя стороны одного и того же историческаго процесса — развитія мѣрила «доброй совѣсти» [720]). У юристовъ классической эпохи bona fides составила синонимъ справедливости (aequitas), справедливость же разумѣлась въ самомъ широкомъ значеніи. Справедливость требовала толкованія актовъ по ихъ смыслу; она требовала также возмѣщенія каждаго неправомѣрнаго ущерба; она уполномочивала судью на разрѣшеніе каждаго спора по совѣсти и по внутреннему убѣжденію. Въ задачи справедливости входила также защита родства по крови, въ противоположность агнатству. Подобнымъ же образомъ развивалось понятіе обмана (dolus). Ссылка на dolus, въ видѣ иска (actio de dolo, стр. 356) и эксцепціи (e. doli, стр. 381 сл.) была назначена первоначально для того, чтобы защитить обманутаго отъ имущественнаго ущерба (damnum), ему причиненнаго. По опредѣленію Сервія Сульпиція

[720]) Подробности *Voigt*, III, §§ 112, 113, 128; ср. *Pernice*, II, стр. 80—95.

dolus.

Руфа, dolus есть коварство (мошенничество), употребленное съ цѣлью обольстить другаго, когда представляется одно, на дѣлѣ же происходитъ другое. Лабеонъ, отвергнувъ этотъ послѣдній признакъ, опредѣлилъ dolus какъ всякую хитрость, обманъ и коварство, употребляемыя съ цѣлью обойти, обмануть и обольстить другихъ [721]). Это многословное опредѣленіе помогло юристамъ сообщить самому понятію наиболѣе широкое толкованіе. Искъ объ обманѣ (a. doli) [722]) игралъ роль вспомогательнаго иска, который давался, какъ скоро обычай добропорядочныхъ и честныхъ людей требовалъ судебнаго преслѣдованія, оно же было неосуществимо путемъ прочихъ исковъ. Лабеонъ рекомендовалъ этотъ искъ вообще въ сомнительныхъ случаяхъ, а Ульпіанъ и Гай видѣли въ немъ подходящее средство для наказанія неимущаго должника: съ осужденіемъ по иску соединялось безчестіе (infamia). Въ качествѣ вспомогательной, a. doli вообще не примѣнялась при малоцѣнности спорнаго предмета. Еще шире было примѣненіе эксцепціи (e. doli) [723]). Въ этой формѣ ссылка на dolus стала прилагаться во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ было основаніе обвинить противную сторону въ какой бы то ни было недобросовѣстности или, что́ то же, несправедливости. E. doli стала орудіемъ справедливости, въ вышеприведенномъ, широкомъ смыслѣ ея. Какъ скоро въ судебную формулу включалась оговорка: «если въ данномъ случаѣ ничего не сдѣлано, со стороны истца, обманнымъ образомъ (dolo)», то такая формула обязывала судью разбирать все дѣло по «совѣсти» (bona fides) и по «справедливости» (aequitas). Иногда dolus понимался даже какъ синонимъ просто неправомѣрнаго. Кто наноситъ ущербъ другому, пользуясь

---

[721]) *Dig.* 4. 3 fr. 1 § 2: Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum dicipiendum alterum adhibitam.

[722]) *Dig.* 4 3.

[723]) *Dig.* 44. 4.

своимъ правомъ, или совершаетъ преступленіе по необходимости, тотъ не несетъ отвѣтственности потому, что онъ не поступаетъ dolo [724]).

разсчетъ за издержки.

Въ нѣкоторыхъ своихъ примѣненіяхъ эксцепція doli содержала преобразованіе старыхъ исковъ въ новомъ духѣ. Примѣромъ можетъ служить эксцепція doli, которая противопоставлялась виндикаціи и обязывала виндицирующаго вознаградить отвѣтчика - владѣльца за тѣ издержки, которыя сдѣланы имъ для вещи. Надо замѣтить, что теорія издержекъ образовалась, повидимому, въ практикѣ иска о возвращеніи мужемъ женѣ приданаго послѣ развода [725]); въ этой практикѣ возникло раздѣленіе издержекъ на три разряда: необходимыя (impensae necessariae), полезныя (imp. utiles) и издержки роскоши (imp. voluptariae), и право отвѣтчика-владѣльца, въ данномъ случаѣ — бывшаго мужа истицы, на вознагражденіе за сдѣланныя издержки. Необходимыми назывались тѣ издержки, которыя были обязательны юридически (платежъ по залогу вещи, по cautio damni infecti и т. п.) или же безъ которыхъ вещь погибла бы, либо ухудшилась (ремонтъ зданій, посѣвъ полей, подсадка деревьевъ и т. п.); полезными—тѣ, которыя увеличивали стоимость вещи (постройка новыхъ зданій, устройство промышленныхъ заведеній, обученіе рабовъ ремеслу и т. п.); издержками роскоши — тѣ, которыя удовлетворяли лишь прихоть владѣльца. Отвѣтчикъ-мужъ имѣлъ право на возмѣщеніе издержекъ двухъ первыхъ категорій; относительно третьей за нимъ было признано ius tollendi, т. е. право взять украшенія и т. п., прибавленныя имъ къ вещи и т. п., обратно, если это возможно сдѣлать безъ порчи самой вещи, и если истецъ не пожелаетъ, оставивъ сказанныя украшенія за собой, уплатить отвѣтчику ихъ стоимость. Разбирательство дѣлъ о приданомъ происходило «по доброй совѣсти» и потому всѣ эти правила соблюдались судьею сами собою; у классическихъ юристовъ они представ-

[724]) *Dig.* 50. 17 fr. 55: Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur (Гай); *Dig.* 40. 12 fr. 16 § 1: Si tamen vi metuque compulsus fuit hic qui distractus est, dicemus eum dolo carcere.

[725]) *Dig.* 25. 1.

ляются окончательно сложившимися. Отчасти тѣ же юристы, отчасти императорскія постановленія III вѣка по Р. X. перенесли ихъ посредствомъ особой оговорки (exceptio doli) въ практику виндикаціи. Здѣсь въ концѣ концовъ было признано, что необходимыя издержки возвращаются всякому владѣльцу кромѣ вора, полезныя издержки — только добросовѣстному владѣльцу. Ius tollendi было предоставлено добросовѣстному владѣльцу относительно издержекъ роскоши, недобросовѣстному—относительно полезныхъ издержекъ. Въ погашеніе сдѣланныхъ полезныхъ издержекъ добросовѣстному отвѣтчику могли быть однако зачтены тѣ доходы, которыя по правиламъ, изложеннымъ нами въ другомъ мѣстѣ (стр. 247 сл.), не подлежали возвращенію. Такимъ образомъ, благодаря эксцепціи, отношеніе сторонъ по виндикаціи были усложнены новыми обязательствами, именно обязательствомъ истца вознаградить, въ томъ или другомъ размѣрѣ, отвѣтчика за издержки, сдѣланныя на спорную вещь во время владѣнія его. Рядомъ съ виндикаціей подобное же измѣненіе, съ небольшими модификаціями, потерпѣлъ также искъ о наслѣдствѣ (hereditatis petitio [726]).

Culpa.

§ 207. Обычай добропорядочныхъ и честныхъ людей (bona fides) служилъ критеріемъ всѣхъ дѣйствій, въ которыхъ дѣйствующій такъ или иначе имѣлъ въ виду именно воспользоваться на счетъ своего противника, — въ которыхъ онъ дѣйствовалъ завѣдомо нечестно или несправедливо; это могло относиться или ко времени установленія спорнаго отношенія (напр., обманъ), или къ способу исполненія обязательства (напр., завѣдомое уничтоженіе или поврежденіе вещи, подлежавшей выдачѣ), или же несправедливость крылась въ самомъ фактѣ предъявленія иска, напр., когда собственникъ виндицировалъ вещь, не удовлетворяя отвѣтчика за издержки. На высшей ступени развитія сказаннаго критерія, въ практикѣ эксцепціи doli, признакъ *завѣдомаго* совершенія несправедливости потускнѣлъ достаточно сильно; однако этого далеко не было на первыхъ порахъ. Между тѣмъ лицо

---

[726]) *Dig.* 5. 3 fr. 36—39.

могло нанести вредъ другому безъ всякой мысли о томъ исключительно вслѣдствіе нерадѣнія; напримѣръ, должникъ по нерадѣнію портилъ или губилъ вещь, которую былъ обязанъ передать кредитору, или по нерадѣнію же опаздывалъ (mora) исполненіемъ своего обязательства. Уже Аквиліевъ законъ (§ 96) представлялъ опору для отвѣтственности за порчу чужихъ вещей; рядомъ съ тѣмъ юристы VI вѣка (К. М. Сцевола, С. С. Руфъ) выставили новый, болѣе широкій критерій. Этотъ критерій, не менѣе отвлеченный, чѣмъ только-что разсмотрѣнный выше, былъ также не менѣе его способенъ къ индивидуализированію и къ постоянному историческому развитію. Юристъ требовалъ, чтобы каждый въ отношеніи своихъ обязательствъ и, стало быть, въ отношеніи ввѣренныхъ ему вещей, велъ себя, какъ подобаетъ рачительному домохозяину (uti diligens pater familias); отступленіе отъ такой рачительности составляло провинность (culpa) и влекло обязанность къ возвращенію всего причиненнаго ущерба. Обстоятельства каждаго отдѣльнаго случая, какъ-то характеръ самаго отношенія, въ которомъ состояли стороны, свойства вещи, условія времени и мѣста, мѣстные обычаи и т. д., опредѣляли, по усмотрѣнію судьи, предѣлы обязательной рачительности; смотря по обстоятельствамъ одинъ и тотъ же образъ дѣйствій могъ быть и не быть culpa. Рачительность хорошаго домохозяина представлялась въ то же время верхомъ рачительности, какую слѣдовало требовать отъ лица (но не какую человѣкъ могъ выказать при особыхъ талантахъ, или особомъ напряженіи силъ, особой предусмотрительности и т. п.) и событія, которыя не могли быть устранены такою рачительностью, составляли случай (casus); за случай обыкновенно никто не несъ отвѣтственности, за исключеніемъ тѣхъ отношеній, въ которыхъ признавалось справедливымъ разложить на нѣсколько участниковъ убыточныя послѣдствія какого-либо несчастнаго происшествія (ср. Родіевъ законъ, стр. 232).—Постепенно отвѣтственность за нерадѣніе (culpa) была распространена почти на всѣ обязательства изъ договоровъ. Нѣкоторое ограниченіе образовалось относительно стипуляціи; должникъ по

стипуляціи отвѣчалъ только за culpa in faciendo, т.-е. за такое нерадѣніе, которое предусматривалось уже Аквиліевымъ закономъ (culpa Aquiliana) и которое выражалось въ какихъ-нибудь положительныхъ дѣйствіяхъ: въ уничтоженіи или поврежденіи вещи, въ поставленіи ея въ опасное положеніе [727]). Принадлежность стипуляціи къ старому праву, очевидно, сказалась въ этомъ ограниченіи. Вообще же, когда рѣчь шла о culpa, отвѣтственность налагалась одинаково какъ за culpa in faciendo, такъ и за culpa in non faciendo. Подъ этимъ послѣднимъ видомъ разумѣлось непозволительное воздержаніе лица отъ дѣйствій, которыя ему, какъ доброму домохозяину, слѣдовало бы предпринять; такъ, должникъ отвѣчалъ, когда отъ недостатка предосторожности вещь горѣла или разбивалась при перевозкѣ [728]), или когда ее похищали [729]) и т. п. Полное исключеніе изъ общаго правила составили три отношенія: поклажа, прекарій и обязательство землемѣра; съ ними вовсе не связывалась отвѣтственность за culpa. Воспоминаніе о принадлежности этихъ отношеній къ старому праву и объ уголовномъ характерѣ исковъ, которыми защищались нѣкоторые изъ нихъ (поклажа, § 43), оказало въ этомъ случаѣ свое вліяніе; никакой разумной причины для выдѣленія названныхъ отношеній изъ общаго ряда не существовало, хотя юристы стремились потомъ найти ее, позабывъ объ истинной причинѣ допущеннаго исключенія. По объясненію Ульпіана, должникъ не отвѣчалъ въ поклажѣ и т. д. за culpa потому, что онъ лично не заинтересованъ въ существованіи этихъ отношеній [730]); однако при мандатѣ, веденіи дѣлъ за другаго (negotiorum gestio) и опекѣ, принявшій порученіе, ведшій дѣла и опекунъ тоже не заинтересованы въ существованіи отношеній и тѣмъ не менѣе они несли полную отвѣтственность за culpa. Истинная причина кроется, какъ мы сказали, въ различномъ историческомъ происхожденіи тѣхъ и

---

727) Примѣры: *Dig.* 13. 6 fr. 18 § 1; 10. 3 fr. 10 pr.; 19. 1 fr. 54. pr.; относительно стипуляціи: *Dig.* 45. 1 fr. 91 pr.

728) *Dig.* 19. 2 fr. 25 § 7.

729) *Dig.* 18. 1 fr. 35 § 4.

730) *Dig.* 13. 6 fr. 5 §§ 2. 3.

другихъ отношеній; и если опека, принадлежа старому праву, восприняла полную отвѣтственность за culpa, то это обстоятельство гармонировало съ полнымъ преобразованіемъ опеки въ новомъ духѣ, которое, какъ мы знаемъ, произошло въ имперіи (§ 176).

culpa lata. Современемъ юристы сознали нераціональность исключительнаго положенія, которое ими же было сообщено поклажѣ и др., и, чтобы поправить дѣло, изобрѣли не совсѣмъ удачный компромиссъ. Было признано, что поклажепринимтель и др., хотя не отвѣчаютъ за нерадѣніе по общему правилу, однако, наравнѣ съ тѣмъ, имъ ставится въ вину грубое нерадѣніе (culpa lata). Подъ этимъ послѣднимъ именемъ разумѣли отсутствіе рачительности, которую позволительно требовать отъ каждаго человѣка (а не только отъ хорошаго домохозяина). Culpa lata обнаруживается тѣмъ, кто не понимаетъ того, что̀ понимаютъ всѣ, кто выказываетъ такое нерадѣніе, которое не можетъ быть названо dolus только при предположеніи самаго грубаго незнанія у лица, совершившаго ее. Эта новая, и, въ сущности, ненужная категорія вины пригодилась потомъ въ области уголовнаго права. Примѣровъ примѣненія этого понятія въ гражданскомъ правѣ сохранилось довольно много; они упоминаются главнымъ образомъ по поводу отвѣтственности опекуна, что̀ даетъ поводъ думать, что въ этомъ случаѣ, прежде чѣмъ примѣнить полную отвѣтственность за culpa, ограничивались сначала взысканіемъ за грубое нерадѣніе. Опекунъ повиненъ въ culpa lata, если при своемъ вступленіи въ должность не сдѣлалъ описи опекаемаго имущества, вслѣдствіе чего затрудняется провѣрка дѣйствій опекуна, — далѣе, если безъ основательной причины онъ отказался отъ принятія опеки, такъ что на время имущество осталось вовсе безъ опекуна,—если, управляя дѣлами несовершеннолѣтняго, онъ, по нежеланію, упустилъ изъ виду цѣлый отдѣлъ въ хозяйствѣ этого послѣдняго, напр., цѣлое имѣніе, и т. п.

imperitia Что касается до нормальнаго масштаба рачительности, то онъ составлялъ предметъ постоянной разработки. Мы отмѣтимъ наиболѣе важное. Со времени Цельза (I в. по Р. X.)

къ нерадѣнію была отнесена неопытность (imperitia) должника въ исполненіи того дѣла, за которое онъ взялся [731]); напр., если кто-либо наймется въ пастухи или въ возницы и растеряетъ стадо или не съумѣетъ сдержать лошадей, возьмется за выдѣлку или исправленіе чего-нибудь и испортитъ хозяйскій матеріалъ, приметъ на себя леченіе и уморитъ. Гай къ неопытности приравниваетъ личные недостатки должника, напр., слабосиліе, мѣшающее ему исполнить, какъ слѣдуетъ, принятое обязательство [732]).—При нѣкоторыхъ обязательствахъ еще республиканскіе юристы возлагали на должника отвѣтственность за сохранность вещи (custodia), т.-е. отвѣтственность за то, если она будетъ похищена или насильственно повреждена кѣмъ-либо. Эта отвѣтственность разсматривалось какъ особая, но юристы Адріановой эпохи признали въ ней одинъ изъ видовъ общей отвѣтственности за нерадѣніе (culpa), хотя, по прежнему, прилагали ее лишь въ опредѣленныхъ случаяхъ. Такъ, за custodia отвѣчали: хозяинъ корабля,—относительно вещей, принятыхъ на корабль, и хозяинъ гостинницы или конюшни — относительно вещей и животныхъ, принадлежащихъ путешественникамъ [733]); принявшій работу—относительно вещей, довѣренныхъ ему заказчикомъ [734]); залогодержатель — относительно заложенной вещи [735]) и наконецъ взявшійся за веденіе дѣлъ безъ порученія (negotiorum gestor) [736]). Понятно, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, сказанная отвѣтственность могла быть возложена на одну изъ сторонъ по добровольному соглашенію [737]).

custodia.

Самое интересное явленіе въ исторіи culpa состоитъ наконецъ въ слѣдующемъ. Повидимому, со времени Гая относительно взаимной отвѣтственности сотоварищей (socii) и сособственниковъ (condomini), мужа предъ женой по управленію приданымъ и

culpa in concreto.

---

[731]) *Dig*. 19. 2 fr. 9 § 5; 50. 17. fr. 132; *Inst*. 4. 3 §§ 7. 8.
[732]) *Dig*. 9. 2 fr. 8 § 1.
[733]) *Dig*. 4. 9 fr. 3 § 1; fr. 5 pr.
[734]) *Dig*. 47. 2 fr. 12 pr.; fr. 48 § 4.
[735]) *Dig*. 13. 7 fr. 13 § 1.
[736]) *Paul*. Sent. Rec. I. 4 § 1.
[737]) *Dig*. 19. 2 fr. 40. 41.

опекуна предъ опекаемымъ по управленію имуществомъ этого послѣдняго было признано, что эти лица обязываются не къ той рачительности, которая свойственна каждому хорошему домохозяину, но къ той, которую они сами проявляютъ обыкновенно въ своихъ собственныхъ дѣлахъ. Индивидуализмъ достигъ здѣсь наивысшаго своего проявленія и по разумнымъ основаніямъ. Въ самомъ дѣлѣ, отношенія сотоварищей и сособственниковъ, мужа и жены, опекуна и опекаемаго—не кратковременныя, но обыкновенно довольно продолжительныя; несправедливо было бы требовать, чтобы лица, которыя состоятъ въ этихъ отношеніяхъ, проявляли рачительность, отличную отъ той, къ которой они вообще привыкли. Къ тому же сотоварищи, собственники и супруги обыкновенно сами избираютъ другъ друга, опекунъ же часто дается опекаемому завѣщаніемъ его родителей; если избранное лицо въ чемъ-либо не подходитъ подъ общій типъ хорошаго домохозяина, то избравшему остается пенять на себя за свою неосмотрительность.

Metus.

§ 208. Dolus и culpa обусловливали отвѣтственность; другія обстоятельства, каковы принужденіе, ошибка, вели къ ослабленію или устраненію отвѣтственности. Ихъ опредѣленіе точно такъ же подчинилось индивидуальному критерію. Начнемъ съ принужденія (metus). Юристы имперіи дали подробныя указанія по вопросу о томъ, какое именно принужденіе опорочиваетъ юридическія сдѣлки [738]); не всякому принужденію приписывалось такое дѣйствіе. У сдѣлки отнимало силу только такое принужденіе, которое причинялось *однимъ изъ контрагентовъ* и грозило другому контрагенту какимъ-либо зломъ, въ случаѣ если онъ откажется отъ совершенія сдѣлки. Угроза должна быть на лицо. Такимъ образомъ, если кто-либо бросаетъ свою землю подъ вліяніемъ лишь извѣстія о приближеніи вооруженной силы, тотъ не пользуется покровительствомъ эдикта. Съ теченіемъ времени двойственное выраженіе, употребленное эдиктомъ: vis ac metus (прим. 397) замѣнилось однообразнымъ: metus и въ связи съ этимъ подъ metus разумѣли только такъ-называемое *психическое принужденіе*

738) *Dig.* 4. 2.

(vis compulsiva) въ отличіе отъ принужденія физическаго (vis absoluta). При физическомъ принужденіи не существуетъ вовсе выраженія воли, напримѣръ, когда кто-либо удерживаетъ насильно опекуна при совершеніи сдѣлки опекаемымъ. Одно вынужденное присутствіе, поясняетъ Ульпіанъ, недостаточно для того, чтобы признать сдѣлку совершившеюся, точно такъ же какъ недостаточно для той же цѣли молчанія опекуна, который во время совершенія сдѣлки спитъ или находится безъ чувствъ.

Итакъ, только психическое принужденіе, только *угроза* занимала юристовъ, ибо вопросъ о физическомъ принужденіи не возбуждалъ никакихъ сомнѣній на счетъ качества того акта, который оно сопровождало. Само собою разумѣется, что угроза, которая дѣлается лицомъ, имѣющимъ на то право, напримѣръ, магистратомъ при исполненіи имъ служебныхъ обязанностей (или патрономъ, обиженнымъ своимъ кліентомъ, мужемъ или собственникомъ, заставшимъ прелюбодѣя или вора на мѣстѣ преступленія) не принимается во вниманіе. Но тотъ же магистратъ можетъ злоупотребить своимъ положеніемъ и тогда объявляется ничтожнымъ все, совершенное подъ вліяніемъ его угрозъ. Слѣдовательно, угроза должна быть *неправомѣрна*, чтобы отнять у сдѣлки ея силу. Далѣе не каждая неправомѣрная угроза имѣетъ это послѣдствіе. Угроза должна содержать въ себѣ устрашеніе *большимъ зломъ*. Такова угроза лишить жизни или свободы, подвергнуть истязанію или насилію, заключить въ оковы,— все равно, относится-ли она къ самому контрагенту или къ его женѣ и дѣтямъ. Вообще имѣетъ значеніе угроза, которая относится къ *личности*, но не къ имуществу. Не придается значенія также угрозѣ, которая касается только добраго имени. Во всякомъ случаѣ угроза должна быть совершена при обстоятельствахъ, которыя въ состояніи подѣйствовать устрашающимъ образомъ не только на робкаго человѣка или, какъ выражается Гай, пустаго, но на человѣка, обладающаго такимъ мужествомъ, которое судья въ правѣ ожидать отъ каждаго разсудительнаго и твердаго гражданина.

Error.

§ 209. Обращаемся къ ошибкѣ (error). Юристы имперіи дали этому обстоятельству нѣкоторое значеніе при оцѣнкѣ сдѣлокъ

(гл. XXI) и вотъ какъ они отвѣчали на вопросъ, какую именно ошибку слѣдуетъ принимать въ этихъ случаяхъ во вниманіе. Судья принимаетъ во вниманіе ошибку *извинительную*. Отъ каждаго гражданина онъ ожидаетъ такого знанія и такого вниманія къ своему дѣлу, которое свойственно рачительному домохозяину (diligens et studiosus pater familias). Не прощается ошибка легкомысленная (crassa, summa neglegentia), равно не требуется чрезмѣрная пытливость или осмотрительность. Но каждый, при данныхъ обстоятельствахъ, долженъ знать и предвидѣть, что̀ знаетъ и предвидитъ рачительный хозяинъ. Поэтому, кто ссылается на свою ошибку, тотъ долженъ доказать, что при данныхъ обстоятельствахъ она была неизбѣжна даже при существованіи необходимой рачительности. Достаточно сдѣлать эту неизбѣжность только *вѣроятною*. Ошибка принадлежитъ къ числу тѣхъ событій, которыя могутъ быть предметомъ строгаго и точнаго доказательства лишь въ исключительныхъ случаяхъ. Достаточно, напримѣръ, обнаружить невѣроятность данной сдѣлки въ случаѣ отсутствія ошибки; невѣроятность сдѣлки предполагаетъ вѣроятность ошибки, при чемъ, разумѣется, заинтересованной сторонѣ предоставляется опровергнуть это предположеніе, показавъ надлежащій смыслъ *данной* сдѣлки при *данныхъ* условіяхъ. Подробности относящихся сюда вопросовъ остались впрочемъ неразработанными.

III. Прогрессъ въ способахъ совершенія юридическихъ сдѣлокъ.

Реальные контракты.

§ 210. Въ примѣненіи къ юридическимъ сдѣлкамъ индивидуализмъ требовалъ, чтобы каждая сдѣлка могла совершаться въ каждомъ данномъ случаѣ такъ, какъ это наиболѣе удобно при данныхъ обстоятельствахъ; отсюда сначала предоставленіе сторонамъ выбора между нѣсколькими формами, способными служить одной и той же юридической цѣли (напр., между манципаціей и цессіей еще въ старомъ правѣ), а потомъ — полное предоставленіе спо́соба совершенія сдѣлокъ на усмо-

грѣніе сторонъ. Въ имперіи не-торжественный, оставленный на усмотрѣніе сторонъ, способъ заключенія сдѣлки сталъ нормальнымъ явленіемъ; вмѣстѣ съ тѣмъ распространялась самая идея двусторонней сдѣлки, какъ соглашенія (договора, § 215). Область сдѣлокъ и особенно договоровъ обогатилась новыми формами. Практика безпрестанно представляла случаи добровольнаго, по взаимному соглашенію, обмѣна вещей или услугъ, которые не подходили подъ признанные типы консенсуальныхъ и реальныхъ контрактовъ. Главный случай такого рода могла представлять мѣна (permutatio), въ строгомъ смыслѣ, т.-е. когда право собственности на вещь отдавалось въ промѣнъ за право собственности на другую вещь; предметомъ обмѣна могло служить также иное сочетаніе благъ: право собственности отдавалось (dare) за услугу (facere), напр., кто-либо отдавалъ другому домъ, съ тѣмъ, чтобы этотъ другой построилъ ему другой домъ, или услуга обмѣнивалась на услугу же, напр., кто-нибудь позволялъ другому добывать на его землѣ камень и т. п., съ тѣмъ чтобы этотъ другой привелъ въ порядокъ поверхность земли и т. д. Подобныя сдѣлки состояли сначала внѣ всякой судебной защиты, если только не облекались въ торжественную форму стипуляцій. Въ концѣ республиканскаго времени стала возможна нѣкоторая судебная защита ихъ. Именно, если одна изъ сторонъ уже исполнила обѣщанное ею, напр., передала вещь, совершила услугу, то въ случаѣ уклоненія другой стороны отъ исполненія своей обязанности, исправная сторона могла потребовать свое обратно посредствомъ одной изъ кондикцій (condictio ob causam honestam). Такое положеніе напоминало собою положеніе отношеній по ссудѣ или поклажѣ, когда не существовало еще особыхъ исковъ для защиты этихъ отношеній и отдавшій вещь въ ссуду или на сохраненіе могъ потребовать отъ принявшаго вещь возвращеніе ея, безъ всякаго удовлетворенія за неисполненіе принятой обязанности. Со временемъ, съ цѣлью юридическаго регулированія вышеозначенныхъ случаевъ, преторъ сначала сталъ давать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ иски in factum (стр. 240) и наконецъ опредѣлилъ для случаевъ этого рода общую форму, — цивильный искъ, названный actio praescriptis ver-

actio praescriptis verbis.

bis [739]), т.-е. искъ съ подробнымъ описаніемъ той сдѣлки, которая давала поводъ къ спору. Этотъ искъ былъ извѣстенъ Лабеону и область его примѣненія расширялась постепенно вплоть до Павла. Искъ давался той сторонѣ, которая исполнила свое обязательство, и былъ направленъ къ тому, чтобы вынудить другую сторону къ исполненію по ея обязательству; сдѣлка, защищенная такимъ образомъ, пріобрѣла, стало-быть, характеръ *реальнаго* контракта. Отдѣльныя сдѣлки, которыя защищались названнымъ искомъ, не получили, за немногими исключеніями, своихъ именъ; юристы признали, какъ фактъ, что въ дѣйствительности сдѣлокъ (negotia) гораздо больше, чѣмъ названій (vocabula), и ограничились тѣмъ, что раздѣлили ихъ на четыре категоріи, которыя обозначали слѣдующимъ образомъ: 1) я даю, съ тѣмъ чтобы ты далъ (do ut des), 2) я даю, съ тѣмъ чтобы ты сдѣлалъ (do ut facias), 3) я дѣлаю, съ тѣмъ чтобы ты далъ (facio ut des) и 4) я дѣлаю, съ тѣмъ, чтобы ты сдѣлалъ (facio ut facias). Введеніе иска praescriptis verbis, которое впрочемъ не отнимало у контрагентовъ возможности пользованія и прежней кондикціей, сообщило характеръ юридическаго обязательства обязанности принявшаго вещь или услугу и характеръ реальнаго контракта—самой сдѣлкѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ юриспруденція какъ бы сознала, что практику не-торжественныхъ сдѣлокъ не слѣдуетъ стѣснять признаніемъ точно-опредѣленныхъ формъ, что напротивъ есть нужда въ общей формѣ договора для многочисленныхъ, непредвидѣнныхъ случаевъ и въ общемъ искѣ, который защищалъ бы такой договоръ. Въ области формализма такую роль играли стипуляція и кондикція; въ области неформальной для нея предназначали «безыменные» реальные контракты и искъ praescriptis verbis. Такъ какъ другаго общаго иска для защиты неформальныхъ договоровъ не существовало, то a. praescriptis verbis примѣнялась даже въ такихъ случаяхъ, гдѣ вѣрнѣе было бы опереться на точку зрѣнія консенсуальнаго договора. Примѣромъ служитъ такъ-называемый contractus aestimatorius. Онъ состоитъ въ томъ, что одно

---

[739]) *Dig.* 19. 5; *Cod.* 4. 64.

лицо передаетъ другому вещь съ порученіемъ продать ее и изъ вырученныхъ денегъ уплатить отдавшему извѣстную сумму. Слѣдовало бы разсматривать этотъ договоръ какъ особый видъ мандата; однако, послѣ многихъ споровъ, ко времени Ульпіана установилась та точка зрѣнія, что это—одинъ изъ тѣхъ случаевъ, которыя принадлежатъ къ области иска praescriptis verbis [740]).

Консенсуальные контракты.

§ 211. Консенсуальный контрактъ не пріобрѣлъ общаго значенія и его примѣненіе по прежнему ограничивалось опредѣленными случаями; только область этихъ случаевъ расширилась сравнительно съ прежнимъ. Первое время имперіи было богато новыми формами (въ томъ числѣ и договорами), которыя, по своему назначенію, были параллельны торжественнымъ сдѣлкамъ стараго права. Такимъ путемъ юристы хотѣли парализовать непріятное дѣйствіе торжественной формы. Въ параллель торжественному поручительству, въ формѣ стипуляціи (стр. 336), юристы допустили установленіе поручительства въ видѣ мандата (mandatum qualificatum, стр. 478) и конститута (constitutum debiti alieni, ср. § 132). Въ обоихъ случаяхъ сдѣлки были употреблены для достиженія цѣлей, первоначально имъ несвойственныхъ, и въ новомъ своемъ примѣненіи сохранили старыя свойства. Такъ, поручительство устанавливалось мандатомъ, когда поручитель «поручалъ» кредитору довѣрить извѣстную сумму должнику; въ этомъ случаѣ кредиторъ, въ качествѣ принявшаго «порученіе», обязывался къ его исполненію, платежъ, сдѣланный поручителемъ за должника, не освобождалъ этого послѣдняго отъ отвѣтственности предъ кредиторомъ и все отношеніе прекращалось въ случаѣ смерти поручителя или принявшаго порученіе, или въ случаѣ отзыва «порученія» до его исполненія. Поручительство устанавливалось конститутомъ (въ предѣлахъ примѣненія конститута, § 132), когда кто либо обѣщалъ кредитору уплатить въ извѣстный срокъ долгъ его должника; въ этомъ случаѣ обязательство поручителя не зависѣло отъ послѣдующихъ измѣненій въ обязательствѣ глав-

mandatum qualificatum.

constitutum debiti alieni.

---

[740]) *Dig.* 19. 3.

наго должника — какъ это было при обыкновенномъ поручительствѣ, и кромѣ того, какъ и при всякомъ конститутѣ, обязательство обѣщавшаго (поручителя) могло отличаться въ отношеніи времени, мѣста или объекта отъ обязательства первоначальнаго должника. Потомъ конститутъ сталъ служить еще для перевода долга, напр., должникъ или кто другой подтверждалъ предъ К' долгъ, который былъ долженъ К. Изъ другихъ неторжественныхъ сдѣлокъ перваго времени имперіи особеннаго вниманія заслуживаетъ фидеикоммиссъ [741]. Повидимому еще прежде имп. Августа вошло въ обычай, что наслѣдодатели оставляли къ своимъ наслѣдникамъ (или другимъ пріобрѣтателямъ по наслѣдству, т. е. легатаріямъ) особыя просьбы или кодициллы, въ которыхъ, полагаясь исключительно на совѣсть адрессатовъ, назначали различныя выдачи, недѣйствительныя юридически. Такія просьбы называли фидеикоммиссами. По преданію, самъ Августъ подалъ примѣръ ихъ точнаго исполненія и возбудилъ вопросъ объ ихъ юридическомъ значеніи. Требацій, призванный на совѣтъ императора, разрѣшилъ этотъ вопросъ въ положительномъ смыслѣ, и послѣ того, какъ самъ Лабеонъ оставилъ послѣ себя кодициллы, не оставалось уже никакого сомнѣнія въ ихъ юридической обязательности. Для кодицилла не существовало предписанной формы; со временемъ стали допускать, что фидеикоммиссъ включался въ самое завѣщаніе, но и въ этомъ случаѣ признавали почти безусловную свободу въ выборѣ выраженій [742]. Обычай сохранялъ, какъ господствующую форму, просьбы («прошу моего наслѣдника передать то-то такому-то») и въ юридическомъ отношеніи фидеикоммиссъ былъ какъ бы порученіемъ, которое наслѣдодатель возлагалъ на того, къ кому обращался. Содержаніе фидеикоммисса могло быть весьма разнообразно: онъ могъ клониться къ тому, чтобы наслѣдникъ передалъ другому лицу все свое наслѣдство или часть его (фидеикомиссъ универсальный), или же наслѣдникъ, либо легатарій обязывались

Фидеикоммиссы.

---

741) *Gai.* II. 246—289; *Inst.* 2. 23—25.

742) Ср. *Paul.* Sent. Rec. IV. 1 § 6.

выдать кому-нибудь опредѣленную вещь или сумму (фидеикомиссъ сингулярный); они могли также обязываться къ отпущенію даннаго раба на волю. Намъ указываютъ на двѣ причины, содѣйствовавшія юридическому признанію фидеикомисса. Онъ открывалъ возможность наслѣдованія послѣ римскихъ гражданъ такимъ лицамъ, которыя не имѣли для того должной правоспособности; перегрины занимали первое мѣсто среди этихъ лицъ. Далѣе фидеикомиссъ облегчалъ самимъ гражданамъ составленіе завѣщательныхъ распоряженій, когда они находились въ провинціи, ибо кодициллъ, въ противоположность завѣщанію, не нуждался для своей дѣйствительности въ присутствіи согражданъ-свидѣтелей и въ ихъ печатяхъ. Позднѣе законодательство (имп. Адріанъ, sc. Pegasianum) значительно ограничили кругъ лицъ, пріобрѣтавшихъ по фидеикомиссу, но постепенно выяснились многія другія его свойства, которыя могли сдѣлать его особенно цѣннымъ для самихъ римскихъ гражданъ. Особенно важно было то, что фидеикомиссъ могъ быть обращенъ не только къ наслѣднику по завѣщанію, но къ наслѣднику по закону. Такимъ путемъ нарушалось старое правило, по которому въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ не могли совмѣщаться два порядка наслѣдованія: по закону и по завѣщанію [743]). Фидеикомиссъ открывалъ возможность неограниченной субституціи, т. е. назначалъ преемниковъ наслѣднику и легатарію на случай ихъ смерти [744]); фидеикомиссомъ тоже можно было даровать сво-

---

743) *Cicero*, De inventione, II, 21 § 63: Unius pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset; *Dig*. 50. 17 fr. 7: ius nostrum non patitur eundem *in paganis* et testato et intestato decessisse..... *Inst*. 2. 14 § 5... neque enim idem ex partec testatus et ex parte intestatus decedere potest, *nisi sit miles*.....

744) Еще въ республиканское время завѣщателю дозволялось назначить втораго наслѣдника (субститута) на случай, если назначенный имъ первый наслѣдникъ не вступитъ въ наслѣдство (substitutio vulgaris); точно такъ же отецъ, назначивъ наслѣдникомъ (своего) малолѣтняго сына, могъ назначить ему субститута на случай, если онъ, вступивъ въ наслѣдство, умретъ до своего совершеннолѣтія (s. pupillaris, см. примѣръ § 153, стр. 357). Императоры дозволили поступать

боду чужому рабу. Въ послѣднемъ случаѣ наслѣдникъ обязывался пріобрѣсти этого раба и отпустить его на волю.

Pacta adiecta.

§ 212. Повидимому, только въ половинѣ II в. по Р. Х., можетъ быть, только по окончательной кодификаціи эдикта Юліаномъ, утвердилось окончательно новое примѣненіе консенсуальной формы. Еще въ практикѣ манципаціи выработался обычай усложнять обычное содержаніе этой сдѣлки побочными опредѣленіями (leges mancipationis); эти опредѣленія, понятно, вносились въ сдѣлку по обоюдному согласію сторонъ, но, какъ и сама манципація, обладали юридически-одностороннимъ характеромъ. Установляя какое-либо право въ пользу продавца (напр., сервитутъ), они со стороны манципирующаго покупателя представлялись «закономъ», который онъ предписывалъ своей вещи (lex rei suae dicta); такой «законъ» установлялъ вещное право безъ юридическаго участія самого пріобрѣтателя. Въ практикѣ купли-продажи, а затѣмъ и другихъ консенсуальныхъ контрактовъ, основное содержаніе сдѣлки точно такъ же усложнялось добавочными соглашеніями о различныхъ предметахъ. Здѣсь такія соглашенія получили характеръ договора, въ смыслѣ консенсуальнаго контракта, и назывались pacta. Такъ, продавецъ договаривался съ покупателемъ о томъ, что право собственности должно остаться у продавца, не смотря на то, что вещь передана покупателю и покупныя деньги довѣрены ему въ кредитъ (pactum reservati dominii), или они опредѣляли, что въ случаѣ неуплаты покупателемъ довѣренной ему суммы право собственности на вещь должно возвратиться продавцу (также p. reservati dominii) Продавецъ и покупатель могли постановить также, что до уплаты покупателемъ довѣренныхъ денегъ продавецъ обезпечивается залоговымъ правомъ на вещь (pac-

---

такъ же на случай, если «свой» сынъ, вступивъ въ наслѣдство, умретъ хотя и совершеннолѣтнимъ, но вслѣдствіе какого-либо порока, неспособнымъ къ составленію собственнаго завѣщанія (s. quasi pupillaris); см. обо всемъ этомъ *Gai* II. 174—184; *Dig.* 28. 6; *Cod.* 6. 26; *Inst.* 2. 15; 2. 16. Сказанными тремя случаями ограничивалось примѣненіе субституціи въ завѣщаніяхъ; напротивъ въ фидеикоммиссахъ субституція допускалась, какъ сказано въ текстѣ, безъ ограниченій.

tum hypothecae), что въ случаѣ, если покупатель вздумаетъ продавать свою вещь, продавецъ долженъ купить ее обратно (p. de retroemendo), или что покупатель обязывается въ такомъ случаѣ продать вещь обратно продавцу (p. de retrovendendo), или наконецъ, что покупатель, продавая вещь, обязывается дать первоначальному продавцу преимущество предъ другими покупателями, если онъ согласится на условія, предложенныя ими (p. προτιμήσεως). Покупатель могъ освободить продавца отъ отвѣтственности въ случаѣ эвикціи (такъ-наз. p. de non praestanda evictione); но въ такомъ случаѣ продавецъ все же отвѣчалъ въ размѣрѣ покупной цѣны, а если онъ поступилъ злоумышленно, т. е. зналъ о не принадлежности ему проданной вещи и скрылъ это отъ покупателя, то вовсе не могъ воспользоваться выговоренною безотвѣтственностью [745]). Какъ въ куплю-продажу, такъ и въ другіе консенсуальные контракты могли вноситься слѣдующія соглашенія: стороны, вступивъ въ договоръ, оставляли за собою право въ теченіе извѣстнаго срока отыскивать новаго, болѣе выгоднаго контрагента и въ случаѣ отысканія таковаго отказаться отъ состоявшагося договора (in diem addictio) [746]), стороны договаривались о томъ, что въ случаѣ неисправности одной изъ нихъ, другая имѣетъ право вовсе отказаться отъ договора (lex commissoria) [747]). Юристы постепенно [748]) признали, что всѣ эти соглашенія (pacta) заслуживаютъ защиты, если только они состоялись одновременно съ заключеніемъ главнаго договора; тѣ самые иски (a. empti, a. venditi и т. д.), которые защищали этотъ послѣдній, должны были защищать и побочныя соглашенія. — Соглашенія (pacta), которыя совершались послѣ заключенія главныхъ сдѣлокъ, не имѣли юридической силы; соглашеніе, само по

---

[745]) *Dig.* 19. 1 fr. 11 § 18; особый случай см. *Dig.* 21, 2 fr. 68 pr; 20. 5 fr. 12 § 1

[746]) *Dig.* 18. 2.

[747]) *Dig.* 18. 3.

[748]) Историческія указанія см. у *Voigt*'a, III, стр. 988 сл.; *Pernice*, II, стр. 87 сл.

себѣ, не получало особаго иска для своей защиты [749]), если не подходило ни подъ одинъ изъ признанныхъ, опредѣленныхъ видовъ. Однако, разсуждая такъ, юристы должны были признать, съ другой стороны, что консенсуальный контрактъ можетъ быть отмѣненъ простымъ соглашеніемъ; если же это послѣднее могло отмѣнить его вовсе, то приходилось допустить, что оно можетъ и измѣнить его. Такимъ путемъ выработалось правило, что соглашенія, которыя возникли послѣ совершенія консенсуальныхъ контрактовъ, но въ какое-либо дополненіе или измѣненіе ихъ, обладаютъ юридическимъ значеніемъ. Ихъ защищалъ искъ того контракта, напр., a. empti, venditi и т. д., къ предмету котораго они относились.

§ 213. При заключеніи не-торжественныхъ сдѣлокъ основное правило состояло въ томъ, что стороны могутъ выражать свою волю какъ желаютъ, лишь бы такое выраженіе было понятно; однако при этомъ самое выраженіе должно быть *открытое* и направленное *непосредственно* на содержаніе сдѣлки. Если для достиженія извѣстныхъ цѣлей требовалось выраженіе несогласія, то и несогласіе могло быть заявлено не иначе какъ открыто; и такъ полагалъ, напр., Лабеонъ [750]), мнѣніе котораго въ данномъ случаѣ вовсе не слѣдуетъ толковать въ томъ смыслѣ, что уже Лабеонъ допускалъ молчаливое выраженіе воли. Съ половины втораго столѣтія по Р. Х. юристы напротивъ отступаютъ отъ вышеозначенныхъ требованій; они допускаютъ, что при извѣстныхъ обстоятельствахъ сдѣлка должна почитаться совершенною даже тогда, когда выраженіе воли не было направлено непосредственно на ея содержаніе. Именно, если кто-нибудь совершалъ такой актъ, который могъ имѣть смыслъ только въ предположеніи, что совершающій вступилъ въ извѣстную сдѣлку, то эта сдѣлка тѣмъ самымъ признавалась заключенною. Кто, не вступая открыто въ наслѣдство, ведетъ себя однако какъ наслѣдникъ (pro herede gerere), напр., хозяйничаетъ въ на-

Посредственное выраженіе воли (facta concludentia).

[749]) *Dig*. 2. 14 fr. 7 § 4; nuda pactio obligationem non parit; ср. *Dig*. 19. 5 fr. 15; *Cod*. 2. 3 l. 10 и др.

[750]) *Dig*. 39. 3 fr. 19.

слѣдственномъ имѣніи, уплачиваетъ долги наслѣдодателя, принимаетъ уплаты отъ должниковъ наслѣдодателя и т. д., тотъ признается тѣмъ самымъ вступившимъ въ наслѣдство [751]) Если по завѣщанію отказанъ кому-либо участокъ земли, къ которому нѣтъ другаго доступа, какъ чрезъ сосѣдній участокъ наслѣдодателя, то принимается, что завѣщатель отказалъ легатарію также право прохода чрезъ сосѣдній участокъ [752]). Продавецъ, который имѣетъ право отказаться отъ договора (lex commissoria) и тѣмъ не менѣе требуетъ отъ покупщика уплаты покупной суммы или принимаетъ платежъ, сдѣланный добровольно, тѣмъ самымъ отказывается отъ сказаннаго своего права [753]). Если одинъ изъ сонаслѣдниковъ продаетъ общій участокъ земли и другіе сонаслѣдники, присутствуя при этомъ, не только не выражаютъ своего протеста, но даже участвуютъ въ дѣлежѣ вырученныхъ денегъ, то тѣмъ самымъ они одобряютъ заключенную сдѣлку [754]). Кредиторъ, который принимаетъ отъ должника проценты впередъ, напр. за годъ, тѣмъ самымъ отсрочиваетъ на это время уплату долга [755]). Наниматель, который по истеченіи срока найма не съѣдетъ изъ нанятаго имущества, тѣмъ самымъ возобновляетъ сдѣлку найма, разумѣется, если противъ того не протестуетъ отдавшій въ наемъ [756]). Отвѣтчикъ, который завѣдомо принимаетъ искъ, предъявленный къ нему въ неподлежащемъ судѣ, тѣмъ самымъ подчиняется власти этого суда (prorogatio fori tacita [757]). Кто имѣетъ право прохода чрезъ сосѣдній участокъ земли и дозволяетъ сосѣду застроить дорогу, тотъ отказывается отъ своего права и теряетъ его [758]). Кто, имѣя право жаловаться на несправедливое завѣщаніе (querella inofficiosi testamenti), не дѣлаетъ этого и, напротивъ того, покупаетъ или нанимаетъ у наслѣдника вещи изъ на-

---

[751]) *Gai*. II. 167.
[752]) *Dig*. 33. 2 fr. 15 § 1. (Марцелъ).
[753]) *Dig*. 18. 3 fr. 6 § 2, fr. 7 (Сцевола, Гермог.).
[754]) *Dig*. 21. 2 fr. 12. (Сцевола).
[755]) *Dig*. 2. 14. fr. 57 (Флорентинъ).
[756]) *Dig*. 19. 2 fr. 13 § 11 (Ульпіанъ)
[757]) *Dig*. 5. 1 fr. 1 2 pr.; 2. 1 fr. 15. (Ульпіанъ).
[758]) *Dig*. 8. 6 fr. 8 pr (Павелъ).

слѣдственнаго имущества или уплачиваетъ ему то, что̀ былъ долженъ наслѣдодателю, тотъ тѣмъ самымъ признаетъ правильность завѣщанія [759]). Жена, которая имѣетъ залоговое право на какое-либо имущество своего мужа и соглашается на то, чтобы мужъ отдалъ это имущество въ приданое ихъ дочери, тѣмъ самымъ отказывается отъ своего права [760]). Собственникъ, который подписываетъ документъ объ отдачѣ своей вещи другимъ лицомъ въ залогъ, тѣмъ самымъ выражаетъ свое согласіе на этотъ залогъ [761]). Въ постановленіяхъ императоровъ тоже встрѣчаются подобныя предположенія [762]). Вслѣдъ за тѣмъ юристы допустили *молчаливое* выраженіе воли. Ульпіану и Павлу принадлежали существенныя рѣшенія по этому предмету. Если опекунъ, принимая опеку, называетъ одного изъ присутствующихъ, какъ поручителя, а этотъ послѣдній молчитъ при внесеніи его имени въ судебный протоколъ, то тѣмъ самымъ онъ выражаетъ согласіе на свое назначеніе [763]). Если послѣ развода дочери съ ея мужемъ, ея отецъ предъявляетъ къ этому послѣднему искъ о приданомъ и она, зная о томъ, молчитъ, то это признается за ея согласіе на искъ [764]). Если отецъ знаетъ, что его сынъ или рабъ, на счетъ своего пекулія, заводитъ торговое дѣло, и молчитъ, то онъ признается согласившимся на это и отвѣтственнымъ по actio tributoria [765]). Хозяинъ имѣнія, который молчитъ, или наниматель, который не съѣзжаетъ по истеченіи срока договора, признается согласившимся на возобновленіе договора [766]). Если кто-либо ручается за должника и должникъ, зная о томъ, молчитъ, то онъ признается согласившимся на принятіе поручительства [767]). Если отецъ знаетъ, что его сынъ занимаетъ, и молчитъ, то

Молчаливое выраженіе воли.

---

759) *Dig.* 5. 2 fr. 23 § 1. (Павелъ).
760) *Dig.* 20. 6 fr. 11. (Павелъ).
761) *Dig.* 20. 1 fr. 26 § 1. (Модестинъ).
762) *Dig.* 30 fr. 114 § 14; *Cod.* 5. 16 fr 12 (243 г.); *Cod.* 7. 52 fr. 5 (294 г.).
763) *Dig.* 27. 7. fr. 4 § 3. (Ульпіанъ).
764) *Dig.* 24. 3 fr. 2 § 2. (Ульпіанъ).
765) *Dig.* 14. 4 fr. 1 § 3. (Ульпіанъ).
766) *Dig.* 19. 2 fr. 13 § 11. (Ульпіанъ).
767) *Dig.* 17. 1. fr. 6 § 2. (Ульпіанъ).

это означаетъ согласіе отца на заемъ [768]). Если наслѣдникъ, который обязанъ передать наслѣдство по фидеикомиссу, знаетъ, что фидеикомиссарій овладѣлъ наслѣдствомъ, и молчитъ, то въ этомъ заключается передача наслѣдства [769]). Павелъ формулировалъ общее правило: если кто молчитъ, то это не значитъ еще, что онъ соглашается; однако вѣрно и то, что онъ не отрицаетъ [770]). Неопредѣленность этого правила мало разъясняетъ практику, ему современную; конечно, юристы признавали молчаніе за выраженіе воли тогда, когда сопутствующія обстоятельства придавали молчанію именно этотъ смыслъ и когда толковать молчаніе иначе значило бы поощрять недобросовѣстность и злоупотребленіе довѣріемъ другихъ.

Упрощеніе торжественныхъ сдѣлокъ.

§ 214. Практика неформальныхъ сдѣлокъ неминуемо должна была повліять на практику договоровъ формальнаго права. Началось серьозное упрощеніе самихъ торжественныхъ сдѣлокъ. Актъ, которымъ опекунъ подтверждалъ распоряженіе опекаемаго (tutoris auctoritatis interpositio), утратилъ совершенно свой торжественный характеръ. Въ другихъ случаяхъ, не устраняя торжественной формы вовсе, упрощали ее.

Завѣщаніе.

Начиная со втораго столѣтія по Р. Х., при назначеніи наслѣдника (heredis institutio), лишеніи наслѣдства (exheredatio) и назначеніи опекуна (tutoris datio) кромѣ старыхъ формулъ: heres esto, exheres esto, liberis meis tutorem do lego, начали допускать другія формулы, болѣе привычныя современному уху, напр., hereditatis meae dominus esto, heredem instituo, exheres sit, exheredavi te, liberis meis tutor esto, и подобное же произошло относительно назначенія легатовъ, о чемъ мы замѣтили выше (стр. 471 сл.). Помимо того, какъ мы тоже знаемъ, еще въ республикѣ преторъ давалъ «владѣніе» наслѣдствомъ тому, кто представитъ за себя завѣщательный документъ, запечатанный семью печатями, при чемъ предполагалось, безъ особаго доказательства, что манципаціонная форма завѣщанія была соблюдена какъ слѣдуетъ (стр. 350). Уже до Гая на такихъ завѣщательныхъ документахъ, безъ

[768]) *Dig.* 14. 6 fr. 12. 16. (Павелъ).
[769]) *Dig.* 36. 1 fr. 38 pr. (Павелъ).
[770]) *Dig.* 50. 17 fr. 142.

отношенія къ тому, скрывалось-ли за нимъ манципаціонное завѣщаніе или нѣтъ, наслѣдственныя права могли укрѣпляться безповоротно, если только этимъ не нарушались права цивильныхъ наслѣдниковъ; во время же Гая и цивильные наслѣдники не могли служить препятствіемъ, такъ какъ ихъ искъ погашался эксцепціей doli mali [771]). Практически все это сводилось къ тому, что завѣщаніе изъ манципаціоннаго акта превратилось въ обыкновенную письменную сдѣлку съ достаточнымъ выборомъ обязательныхъ формулъ для ея составленія. Кромѣ того опущеніе какого-либо слова при составленіи завѣщательной формулы не ставилось въ вину, если отъ того не страдалъ самый смыслъ завѣщанія [772]). При Константинѣ [773]) манципаціонное завѣщаніе было устранено формально, вмѣстѣ съ торжественнымъ вступленіемъ въ права наслѣдства (cretio).— Совершенно такое же преобразованіе, но только нѣсколько позднѣе, произошло съ стипуляціей. Стипуляціонныя слова нѣсколько умножились во время имперіи; юристы допускали, что стипуляціонный отвѣтъ могъ быть выраженъ каждымъ утвердительнымъ словомъ, хотя бы несоотвѣтствующимъ слову вопроса; вопросъ и отвѣтъ могли быть произнесены даже на разныхъ языкахъ (латинскомъ и греческомъ); слова, установлявшія поручительство (adpromissio) и т. д. (adstipulatio, acceptilatio) могли не быть повтореніемъ словъ главной стипуляціи. Однако лишь въ 469 г. императорское постановленіе открыло полную свободу въ выборѣ стипуляціонныхъ словъ. Что касается до письменнаго изложенія стипуляцій, то еще въ республикѣ, въ видахъ увѣковѣченія сдѣлки, вопросъ кредитора и отвѣтъ должника, по торжественномъ произнесеніи ихъ, вносились въ письменный документъ. Въ III стол. по Р. Х. и императоры [774]), и юристы [775]) признавали за правило, что при письменномъ

Стипуляція.

---

771) *Gai.* II. 119. 120.

772) См., напр., *Dig.* 30 fr. 106 (Алфенъ Варъ?) *Dig.* 28. 5. fr. 1 §§ 5—7 (Ульп.).

773) *Cod.* 3. 36 l. 26.

774) *Cod.* 8. 38 l. 1 (200 г.).

775) *Dig.* 45. 1 fr. 30, fr. 134 § 2.

изложеніи стипуляціи въ формѣ одного отвѣта, вся сдѣлка предполагается совершенною надлежащимъ образомъ, каковое предположеніе могло быть опровергаемо заинтересованною стороною. Вмѣстѣ съ тѣмъ оказала свое вліяніе вышеописанная практика добавочныхъ соглашеній (pacta adiecta). Эти соглашенія стали проникать въ область «строгаго» права. Въ 223 г. имп. постановленіе признало, что при разбирательствѣ иска по займу (condictio) слѣдуетъ принимать въ соображеніе соглашенія, которыя сопровождали заемъ [776]). Павелъ же полагалъ, что всѣ соглашенія, которыя сопровождаютъ и дополняютъ стипуляцію, какъ бы входятъ въ ея составъ и потому обладаютъ юридическою силою, будучи защищены тѣмъ же искомъ по стипуляціи [777]). Въ V столѣтіи стипуляція превратилась окончательно въ письменную сдѣлку и таковою она представляется въ Юстиніановомъ законодательствѣ. Произнесеніе вопроса и отвѣта больше не требуется; необходимо только ихъ письменное изложеніе; вслѣдъ за этимъ изложеніемъ сторонамъ предоставлялось писать добавочныя, къ стипуляціи, соглашенія.

Языкомъ цивильныхъ сдѣлокъ, такъ же какъ и судопроизводства, долгое время оставался языкъ латинскій. Въ 397 г. греческій языкъ былъ допущенъ въ судѣ, а въ 469 г. въ завѣщаніяхъ—единственной уцѣлевшей сдѣлкѣ цивильнаго права. Стипуляція уже давно считалась сдѣлкою общенароднаго права.

IV. Паденіе формальной оцѣнки юридическихъ актовъ.

Теорія договора.

§ 215. Рѣшительный успѣхъ теоріи договора заключался въ томъ, что юристы признали договоромъ каждую двустороннюю сдѣлку, не исключая сдѣлокъ стараго права. По словамъ Педія (нач. II в.), нѣтъ контракта, нѣтъ обязательства, въ которомъ не было бы договора (conventio), — все равно, какъ бы ни устанавливалось обязательство, ге или словами, ибо и стипуляція недѣйствительна, когда она не осно-

[776]) *Cod.* 4. 32 fr. 11.
[777]) *Dig.* 12. 1 fr. 40; 45. 1 fr. 134 §§ 1 и 3.

вана на соглашенiи (consensus) [778]). Точку зрѣнiя договора Гай [779]) и за нимъ составители Юстинiановыхъ институцiй [780]) примѣнили даже къ объясненiю такихъ отношенiй, которыя не имѣли ничего общаго съ договоромъ. Сюда относится теорiя «какъ бы договоровъ» (quasi-contracta). Какъ бы на договорѣ основывались отношенiя по веденiю чужихъ дѣлъ безъ уполномочiя (мандата) на то (negotiorum gestio), далѣе — взаимныя отношенiя опекуна и опекаемаго, наслѣдника и легатарiя, получившаго и уплатившаго не должное (indebitum), наконецъ—отношенiя невольныхъ сособственниковъ (напр., сонаслѣдниковъ или получившихъ одну вещь въ общiй легатъ, или собственниковъ двухъ слившихся жидкостей и т. д. [781]).— Вообще дѣйствовала тенденцiя оцѣнивать формальные акты по ихъ дѣйствительному существу, но не по формѣ. Вслѣдствiе этого измѣнилось значенiе контестацiи иска. Контестацiя иска была теперь не болѣе какъ утвержденiе составленной судебной формулы, формула же содержала воспроизведенiе актовъ и отношенiй, до нея существовавшихъ между тяжущимися; судья обязывался раскрыть эти акты и отношенiя въ томъ видѣ, какъ они, дѣйствительно, были, и, не стѣсняясь буквальнымъ содержанiемъ формулы, смотрѣлъ на дѣло съ точки зрѣнiя дѣйствительныхъ событiй. Стало быть, контестацiя, въ противоположность старому порядку (стр. 159), теперь не отмѣняла первоначальныхъ отношенiй тяжущихся и не устанавливала взамѣнъ ихъ новыхъ, по смыслу судебной формулы. Такое отмѣняющее дѣйствiе сосредоточилось теперь исключительно въ судебномъ рѣшенiи: это послѣднее, однажды постановленное, отмѣняло прежнiя отношенiя тяжущихся и замѣняло ихъ новыми, по смыслу судебнаго рѣшенiя. Подобно этому измѣнился взглядъ на нѣкоторые другiе

Litis contestatio.

[778]) *Dig.* 2. 14 fr. 1 § 3, ср. *Dig.* 44. 7 fr. 55.

[779]) *Dig.* 44. 7 fr. 5 pr. §§ 1—4.

[780]) *Inst.* 3. 27.

[781]) Явленiе, параллельное «какъ-бы договорамъ» составляли «какъ-бы деликты» (quasi-delicta), см. *Dig.* 44. 7 fr. 5 §§ 4—6; *Inst.* 4. 5— категорiя, столь же мало основательная, какъ и категорiя «какъ-бы договоровъ».

формальные акты: акцептиляцію (стр. 201) и очистительную присягу отвѣтчика (insiurandum in iure, стр. 78); въ нихъ перестали усматривать удовлетвореніе кредитора отвѣтчикомъ, равное дѣйствительной уплатѣ долга. Это, въ свою очередь, отразилось на строѣ корреальныхъ обязательствъ. Въ корреальныхъ обязательствахъ новаго образованія (такъ-называемыя солидарныя обязательства), — о которыхъ мы знаемъ преимущественно отъ Ульпіана и которыя имѣли мѣсто главнымъ образомъ въ случаѣ совершенія преступленій нѣсколькими лицами (всѣ соучастники въ преступленіи, что касалось до имущественнаго вознагражденія за причиненный вредъ, отвѣчали корреально, т. е. одинъ за всѣхъ и всѣ за одного) три названные акта не имѣли того значенія, которое принадлежало имъ прежде (стр. 204, 205). Потому, напр., если пострадавшій отъ преступленія принималъ присягу отъ одного изъ преступниковъ, то эта присяга не освобождала другихъ соучастниковъ отъ ихъ обязательства. Корреалитетъ новаго образованія погашался только при *дѣйствительномъ* удовлетвореніи одного изъ кредиторовъ однимъ изъ должниковъ. Между прочимъ этотъ же характеръ приняло поручительство (стр. 337 сл.). Наконецъ новыя вліянія сказались и въ томъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ корреалитета или такъ-наз. солидаритета (при поручительствѣ и друг.) былъ до нѣкоторой степени подорванъ самый его принципъ. Императоры (Адріанъ, Юстиніанъ и др.) и юристы дозволили каждому изъ многихъ корреальныхъ (солидарныхъ) содолжниковъ (напр., поручителей) требовать поголовнаго раздѣла долга (beneficium divisionis), или одному изъ содолжниковъ отсылать кредитора съ его требованіемъ къ другому, напр., поручитель могъ отказаться отъ уплаты долга, если кредиторъ не потребовалъ ея предварительно отъ самого должника (ben. excussionis); наконецъ содолжнику, который уплачивалъ весь долгъ, было дозволено потребовать отъ кредитора передачи его иска противъ другихъ содолжниковъ (ben. cedendarum actionum), напр., поручитель могъ потребовать въ такомъ случаѣ отъ кредитора передачи его иска противъ главнаго должника. Что касается до поручительства, то примѣненіе къ нему этихъ мѣръ

Преобразованіе корреалитета.

отличило положеніе поручителей отъ положенія главнаго должника и сдѣлало поручительство, въ отличіе отъ корреалитета вообще, институтомъ sui generis.

Condictiones ob causam.

Впрочемъ содержаніе настоящаго § только косвенно относится къ индивидуализму. Чтобы не уклониться болѣе отъ этой темы мы ограничимся краткимъ указаніемъ еще на одно важное явленіе императорскаго права. Манципація, цессія, традиція, однажды совершенныя, переносили право собственности безповоротно; какъ только вещь была передана однимъ въ собственность другому, то этотъ послѣдній становился собственникомъ и, въ свою очередь, могъ безповоротно передать свое право третьему лицу. Случалось однако, что первая передача произошла вовсе безъ основанія, или по неправомѣрному основанію, напр., одинъ платилъ другому потому, что ложно считалъ себя его должникомъ (indebitum solutum), или для того, чтобы удержать его отъ преступленія (datum ob causam turpem); или одинъ платилъ другому, хотя и на правомѣрномъ основаніи, но получившій не осуществлялъ этого основанія (datum ob causam honestam), напр., одинъ давалъ другому съ тѣмъ, чтобы и онъ далъ что-либо, и получившій не исполнялъ этого (ср. стр. 519). Тѣмъ не менѣе отдавшій не могъ предъявить виндикацію для того, чтобы потребовать отданное обратно, такъ какъ съ передачею вещи онъ пересталъ быть ея собственникомъ, виндикація же принадлежала собственнику. Но, оцѣнивая совершившееся по его дѣйствительному значенію, а не по формѣ, практика допустила для достиженія сказанной цѣли примѣненіе кондикціи. Мало-по-малу установился такой порядокъ, что *обогатившійся* (какъ-бы обогащеніе ни произошло: чрезъ полученіе-ли какого-либо вещнаго права, или чрезъ пріобрѣтеніе обязательства, или инымъ путемъ) неправильно (sine causa) на чужой счетъ обязывался возмѣстить соотвѣтствующимъ образомъ противную сторону. Три главные случая выдѣлялись изъ числа остальныхъ: обогащеніе въ видѣ полученія не-должнаго (indebitum solutum), въ видѣ полученія за что-либо неправомѣрное (datum или promissum ob rem turpem) и въ видѣ полученія за что-либо правомѣрное, но неисполненное (datum или

promissum ob rem honestam). Юстиніанъ видоизмѣнилъ эту систему [782].

V. Выборъ между нѣсколькими формами одного и того же права и между нѣсколькими способами удовлетворенія по обязательству.

Дѣленіе вещей.

§ 216. Какъ извѣстно, въ правѣ отражаются такъ или иначе различія, которыя существуютъ въ вещахъ—объектахъ юридическаго обладанія; такъ, старое квиритское право опредѣляло различіе вещей манципаціонныхъ и неманципаціонныхъ (способъ пріобрѣтенія и судебной защиты), недвижимыхъ и движимыхъ (сроки давности), городскихъ и сельскихъ участковъ земли (сосѣдское право, сервитуты); будучи опредѣлены закономъ, эти различія стояли внѣ воли отдѣльныхъ лицъ. Въ новомъ правѣ выступили впередъ еще нѣкоторыя свойства вещей и—что особенно характеристично для новаго права—получили, взамѣнъ строго-объективнаго характера, нѣсколько субъективный. Такъ, различались вещи генерическія (genus), т. е. такія, которыя въ каждомъ данномъ случаѣ опредѣлялись общими, родовыми признаками и обозначались числомъ, вѣсомъ или мѣрою (напр., зерновой хлѣбъ), и индивидуальныя (species, certum)—такія, которыя опредѣлялись признаками строго-индивидуальными, напр., такой-то конь, участокъ земли. *По усмотрѣнію сторонъ* одна и та же вещь, служа предметомъ обязательства, напр., купли-продажи, сообразно обстоятельствамъ могла быть опредѣлена то какъ genus, то какъ species; категорія вещей получала такимъ образомъ отвлеченный характеръ, и отъ усмотрѣнія сторонъ зависѣло отнести данную вещь въ ту или другую категорію. Напримѣръ, купить можно было или вообще такое-то количе-

genus и species.

---

[782]) Condictio indebiti (*Dig.* 12. 6; *Cod.* 4. 5); condictio ob turpem vel iniustam causam (*Dig.* 12. 5; *Cod.* 4. 7; 4. 9; condictio causa data causa non secuta (*Dig.* 12. 4; *Cod.* 4. 6) и condictio sine causa (*Dig.* 12. 7; *Cod.* 4. 9).

ство зерна такого-то качества (genus) или данное количество его, сложенное въ такомъ-то мѣстѣ (species),—одного коня такихъ-то качествъ (genus) или такого-то коня (species). Стороны индивидуализировали обязательство, выбирая, по обстоятельствамъ, ту или другую его форму. Кто купилъ такого-то коня (species), тотъ несъ periculum (§ 122) со времени купли; кто купилъ просто коня такихъ-то качествъ (genus), тотъ несъ periculum только съ момента полученія купленнаго. Совокупность многихъ однородныхъ вещей, напр., животныхъ (стадо), тоже могла служить предметомъ обязательства и отъ усмотрѣнія же сторонъ зависѣло придать этой совокупности то или другое юридическое значеніе. Положимъ, что кто-нибудь желалъ заложить принадлежащее ему стадо изъ сотни овецъ. Онъ могъ исполнить это, сдѣлавъ предметомъ залога *сто* отдѣльныхъ овецъ; но онъ могъ также заложить просто *стадо*, какъ нѣчто единое (universitas). Въ первомъ случаѣ онъ былъ не властенъ отчуждать ни единой заложенной овцы, во второмъ—онъ могъ производить какія угодно измѣненія въ составѣ заложеннаго стада, лишь бы не уменьшались въ общемъ его численность и цѣнность. Universitas—было отвлеченнымъ свойствомъ, которое собственникъ могъ присвоить данной совокупности вещей для того, чтобы безъ стѣсненія продолжать хозяйственное существованіе этой совокупности.

Universitas rerum.

§ 217. Для удовлетворенія по данному обязательству могутъ подходить многіе однородные предметы, но при установленіи обязательства стороны не всегда въ состояніи предвидѣть, который именно изъ многихъ предметовъ окажется наиболѣе подходящимъ въ моментъ удовлетворенія; потому за кредиторомъ или должникомъ, смотря по тому, кто изъ нихъ заинтересованъ въ данномъ случаѣ, оставляется выборъ предмета удовлетворенія, и самый предметъ поэтому не опредѣляется вполнѣ точно. Таково именно значеніе того неопредѣленнаго обязательства, въ которомъ предметъ исполненія опредѣляется какъ genus (§ 216). Другой видъ неопредѣленнаго обязательства представляютъ тѣ случаи, которые изслѣдователями римскаго права были объединены подъ именемъ альтернатив-

Неопредѣленныя обязательства.

альтернативное обязательство.

наго или раздѣлительнаго обязательства [783]). Это обязательство имѣетъ своимъ предметомъ два или болѣе точно опредѣленныя дѣйствія, изъ которыхъ одно должно быть исполнено. Стипуляція и отказъ по завѣщанію были наиболѣе обычнымъ и обильнымъ источникомъ такого обязательства: «обѣщаю дать десять или Стиха», «наслѣдникъ мой повиненъ дать такому-то десять или Стиха» и т. п.; нѣкоторыя другія сдѣлки, напр., купля-продажа, тоже годились для установленія подобнаго обязательства [784]); наконецъ, оно проистекало иногда изъ самаго закона [785]). Практическое значеніе альтернативнаго обязательства до крайности ясно. Стороны стремятся къ тому, чтобы въ концѣ концовъ осуществилось дѣйствіе, имѣющее для нихъ извѣстное хозяйственное или иное значеніе; они не знаютъ только, который изъ нѣсколькихъ предметовъ будетъ наиболѣе способенъ воплотить въ себѣ это значеніе въ моментъ исполненія по обязательству и потому точное указаніе предмета оставляется до сказаннаго момента. Важный, въ практическомъ отношеніи, вопросъ состоялъ въ томъ, кому принадлежитъ право выбора, когда выбирающее лицо не указано сдѣлкою заранѣе? При сдѣлкахъ между живыми юристы согласно предоставляли это право должнику; относительно отказовъ по завѣщанію существовало колебаніе мнѣній, которое болѣе и болѣе склонялось въ сторону предоставленія выбора легатарію, т. е. кредитору или имѣющему получить. Основаніе такого рѣшенія довольно просто: въ обязательствахъ по договорамъ всякое сомнѣніе слѣдуетъ, по мнѣнію юристовъ, толковать въ пользу должника, тогда какъ въ отношеніяхъ по завѣщанію изъ двухъ лицъ, наслѣдника (должника) и легатарія (кредитора), преимущественнаго вниманія заслуживаютъ интересы легатарія, о которомъ именно завѣщатель и заботился, оставляя ему отказъ. Какъ скоро выборъ осуществленъ, т. е.

[783]) *Бернштейнъ*, Ученіе о раздѣлительныхъ обязательствахъ, Спб., 1871; *Pescatore*, Die sogenannte alternative Obligation, 1880.

[784]) *Dig*. 18. 1 fr. 25. fr. 34 § 6.

[785]) Примѣръ: *Cod*. 6. 1 l. 4 (317 г.).

какъ скоро уполномоченная сторона объявила, хотя бы преждевременно, которое изъ назначенныхъ дѣйствій она избираетъ, альтернативное обязательство обращается въ простое, сдѣланный же выборъ не можетъ быть безъ согласія противной стороны взятъ обратно, потому что эта послѣдняя справедливо разсчитываетъ съ момента объявленія выбора на осуществленіе обязательства именно въ томъ, какъ было объявлено. Впрочемъ римскіе юристы не оставили по этому вопросу рѣшенія, вполнѣ яснаго и согласнаго.

VI. Выборъ между нѣсколькими исками при защитѣ одного и того же отношенія; вспомогательные институты вещнаго права.

§ 218. Какъ не разъ было показано въ предшествующемъ изложеніи, многія обязательства послѣдовательно получили два и болѣе исковъ для своей защиты; обыкновенно позднѣйшіе иски служили болѣе совершеннымъ средствомъ этой защиты, нежели древнѣйшіе, однако древнѣйшіе иски удерживались въ употребленіи рядомъ съ позднѣйшими и въ иныхъ случаяхъ болѣе, чѣмъ они, могли пригодиться кредитору. Такимъ образомъ кредиторъ имѣлъ въ своемъ распоряженіи нѣсколько исковъ и пользовался тѣмъ изъ нихъ, который наиболѣе подходилъ къ даннымъ обстоятельствамъ. Напр., К давалъ Д что-либо съ тѣмъ, чтобы Д совершилъ извѣстное дѣйствіе; если таковое совершено не было, то К могъ посредствомъ a. praescriptis verbis принудить Д къ выполненію обѣщаннаго дѣйствія или посредствомъ кондикціи потребовать переданное назадъ (§ 210).

Особенно оригинальный видъ приняло то же проявленіе индивидуализма въ области вещныхъ правъ; оно развилось тамъ въ форму *вспомогательныхъ институтовъ* и мы обращаемся къ ихъ описанію.

XXbis.

Вспомогательные институты вещнаго права.

I. Пріобрѣтеніе права собственности давностью [786]).

§ 219. Доказать, что вещь пріобрѣтена однимъ изъ законныхъ способовъ (манципаціей, цессіей, традиціей, спецификаціей и др.), — вотъ что требовалось прежде всего отъ того, кто предъ судомъ виндицировалъ свою вещь; если же пріобрѣтеніе состоялось чрезъ полученіе ея отъ другаго лица, то приходилось доказывать еще, что всѣ предшествующіе обладатели вещи пріобрѣли ее въ собственность тоже законными способами (стр. 103). Осуществить такое требованіе было вообще нелегко, подчасъ — невозможно; потому уже издавна собственникамъ было предоставлено нѣкоторое облегченіе. По законамъ XII таблицъ [787]), кто провладѣлъ землею (fundus) два года и прочими вещами (ceterae res) одинъ годъ, тотъ могъ сослаться именно на этотъ фактъ владѣнія (давность, usucapio) и удержать за собою право собственности. Такимъ образомъ собственнику, который выступалъ на защиту своего права, оставлялись на выборъ два пути: или онъ опирался на тотъ способъ пріобрѣтенія, которымъ, дѣйствительно, получилъ вещь въ свои руки, или же онъ ссылался на фактъ владѣнія вещью въ теченіе срока, закономъ уста-

Usucapio

---

[786]) *Gai.* II. 41—61; *Dig.* 41. 3 — 10; *Cod.* 7. 26—31; *Inst.* 2. 6.— *Baron*, §§ 140—147; *Rein*, стр. 246—274; *Pernice*, II, стр. 152—158; 207—231; *Bechmann*, *Der Kauf*, I, стр. 616—628

[787]) *Leges XII tab.*, VI. 3.

новленнаго, т. е. на давность. Смотря по обстоятельствамъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ собственникъ избиралъ тотъ или другой путь;—таковъ случай индивидуализма уже въ старомъ квиритскомъ правѣ. Относительно виндикаціи давность была институтомъ *вспомогательнымъ*; она помогала виндикаціи въ достиженіи ея цѣли—защитѣ собственника и собственности. Относительно способовъ пріобрѣтенія права собственности давность была *дополненіемъ*. Однако, кто могъ и желалъ доказать давность, тому не надо было удостовѣрять судъ въ существованіи другихъ способовъ пріобрѣтенія, одной давности было достаточно, чтобы защитить вполнѣ свое право, и такимъ образомъ она получила значеніе самостоятельнаго *способа пріобрѣтенія*. Итакъ давностью (по терминологіи стараго права — usucapio) назывался способъ пріобрѣтенія права собственности въ силу владѣнія (possessio) вещью, — владѣнія, продолжавшагося извѣстный срокъ и соединеннаго (какъ это будетъ видно изъ нижеслѣдующаго) съ нѣкоторыми другими условіями [788]).

Разумѣется, въ иномъ случаѣ не-собственникъ могъ годъ или два провладѣть чужою вещею и пріобрѣсти ее въ свою собственность; такой результатъ обусловливался давностью, какъ самостоятельнымъ способомъ пріобрѣтенія. Конструкція каждаго правоваго института необходимо опредѣляется принципомъ относительно пользы; по несовершенству всего человѣческаго, институты не могутъ осуществлять свое основное назначеніе безусловно, во всѣхъ случаяхъ безъ исключенія, и съ случайнымъ дѣйствіемъ давности (пріобрѣтеніе вещи не собственникомъ) приходилось мириться въ виду главнаго, основнаго ея дѣйствія. Было бы ошибкою — преувеличивать значеніе приведеннаго факта и предполагать, что интересы владѣльцевъ не-собственниковъ играли какую-либо роль въ установленіи института давности, — какъ бы соблазнительна ни могло показаться подобное предположеніе. Если институтъ способенъ служить интересамъ двухъ категорій, то уже *а*

---

788) *Dig*. 41. 3 fr. 3: Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

priori надо заключить, что корень его—въ тѣхъ интересахъ, которые осуществляются въ относительно наибольшемъ числѣ случаевъ; между тѣмъ изъ общаго числа владѣльцевъ, какъ недвижимостей, такъ и движимостей (особенно — недвижимостей), подавляющее большинство всегда образуютъ именно законные собственники ихъ. Кромѣ того старое квиритское право сдѣлало все для того, чтобы затруднить не-собственнику пріобрѣтеніе вещи посредствомъ давности. Тѣ вещи, которыя вообще были изъяты изъ частнаго обладанія, исключались также изъ подъ дѣйствія давности [789]); сколько бы времени ни владѣлъ гражданинъ, напр., священною вещью, онъ не пріобрѣталъ ея въ собственность. Далѣе давности не подлежали межи [790]), что̀ могло только содѣйствовать возстановленію границъ поземельныхъ владѣній въ первоначальномъ ихъ видѣ. Но самое важное ограниченіе заключалось въ томъ постановленіи, которое изъяло изъ подъ дѣйствія давности всѣ «ворованныя» вещи (res furtivae); ни самъ воръ, ни его преемники не могли пріобрѣсти такую вещь давностью; въ длинномъ рядѣ переходовъ вещи изъ рукъ въ руки достаточно ей было однажды стать предметомъ воровскаго пріобрѣтенія для того, чтобы потомъ никто изъ пріобрѣтателей ея не имѣлъ выгодъ давностнаго владѣнія [791]). Припомнимъ, что въ старое время подъ воровствомъ (furtum) были готовы разумѣть каждое незаконное отношеніе къ чужому праву, что предметомъ воровства могли быть недвижимости наравнѣ съ движимостями (§ 43), и мы поймемъ, что законъ XII таблицъ исключалъ почти всякую возможность пріобрѣтенія чужихъ вещей въ собственность посредствомъ давности. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ могло возникнуть сомнѣніе относительно характера пріобрѣтенія; и тутъ законъ выступалъ съ надлежащимъ разъясненіемъ. Такъ, запрещалось пріобрѣтать давностью (манципаціонныя) вещи, которыя женщина передавала безъ согласія своего опекуна [792]). Позднѣй-

Вещи, непріобрѣтаемыя давностью.

[789]) *Leges XII tab.*, X. 10; *Gai.* II. 48; *Dig.* 41. 3 fr. 9.
[790]) *Leges XII tab.*, VII. 4.
[791]) *Gai.* II. 45. 49.
[792]) *Leges XII tab.*, V. 2.

шее законодательство осталось вѣрнымъ старому направленію. Постановленіе XII таблицъ о ворованныхъ вещахъ было повторено чрезъ три столѣтія (VII в.) въ Атиніевомъ законѣ (l. Atinia) [793]) съ тою оговоркою, что вещь переставала быть «ворованною», какъ скоро возвращалась подъ власть настоящаго собственника. Потомъ относительно вещей, захваченныхъ насильственно (res vi possessae, l. Iulia et Plautia [794]) и относительно вещей, переданныхъ въ видѣ взятки (l. Iulia repetundarum) [795]), было постановлено то же самое, что уже прежде было принято касательно ворованныхъ вещей. Такъ преслѣдовало законодательство неправомѣрное пріобрѣтеніе чужой вещи и, какъ это видно изъ постановленія о взяткахъ,— даже тогда, когда пріобрѣтеніе вещи основывалось на отчужденіи, сдѣланномъ самимъ собственникомъ. И гораздо позднѣе императоры (Константинъ, Юстиніанъ) отринули пріобрѣтеніе давностью во многихъ такихъ случаяхъ, гдѣ вещь была передана самимъ собственникомъ, но только—при условіяхъ, при которыхъ отчужденіе запрещалось [796]), напр., наслѣдникъ отчуждалъ вещь, которую завѣщатель назначилъ кому-либо въ отказъ и т п. Однимъ словомъ, начиная съ XII таблицъ и кончая Юстиніаномъ, чрезъ римское законодательство проходитъ тенденція, выраженная опредѣленно и рѣшительно: не допускать давности, когда владѣніе вещью основывалось непосредственно или посредственно на неправомѣрномъ пріобрѣтеніи ея. Этой тенденціи не противорѣчили институты, которые Гаю, естественно, казались ненормальными: usucapio pro herede (§ 101) и usureceptio ex fiducia (стр. 219). Первый институтъ, состоя подъ контролемъ родичей, былъ способомъ регулированія наслѣдственныхъ отношеній и потому не представлялъ пріобрѣтенія неправомѣрнаго; когда же, съ упадкомъ общинно-родовыхъ отношеній, онъ сталъ таковымъ, то былъ сначала па-

---

793) *Gell.* 17. 7: legis veteris Atiniae verba sunt: quod subreptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto (ср. выше стр. 174 и 261); *Dig.* 41. 3. fr. 4 § 6 слѣд.; fr. 49.

794) *Gai.* II. 45.

795) *Dig.* 48. 11 fr. 8.

796) *Cod.* 5. 12 fr. 30; 6. 43 fr. 3 § 3 и друг.

рализованъ другимъ институтомъ (bonorum possessio, § 150) и наконецъ отмѣненъ [797]). Второй институтъ, т.-е. пріобрѣтеніе давностью вещи, переданной въ закладъ или поклажу по фидуціи, составлялъ, какъ мы знаемъ, коррективъ къ самой формѣ фидуціи. Еще одинъ институтъ могъ бы навести на сомнѣніе — usureceptio ex praediatura [798]). Собственникъ земли, проданной государственною казною съ торга за недоимки, пріобрѣталъ ее вновь по давности, если ему удавалось овладѣть ею и продержать въ своихъ рукахъ два года. Но какъ бы ни объяснять этотъ случай, онъ стоитъ на столько одиноко, что не подрываетъ справедливости вышеизложеннаго, основнаго воззрѣнія на давность.

Пріобрѣтеніе вещи несобственникомъ.

§ 220. Кто ссылался на давность, тотъ долженъ былъ указать предъ судомъ свое годичное или двугодичное владѣніе; способность вещи быть пріобрѣтенною по давности предполагалась сама собою, но противной сторонѣ предоставлялось опровергать это предположеніе. Такое опредѣленіе процессуальныхъ обязанностей тяжущихся въ вопросѣ о давности было, конечно, единственное цѣлесообразное, но именно оно открывало нѣкоторую возможность для пріобрѣтенія чужой вещи; могло случиться, напр., что вещь, о которой шелъ споръ, была ворованною, но доказать это заинтерессованная сторона была не въ состояніи и такимъ образомъ владѣлецъ вещи пріобрѣталъ ее въ свою собственность. — По мѣрѣ постепеннаго измѣненія понятія воровства открылись случаи, въ которыхъ завѣдомо для суда допускалось давностное пріобрѣтеніе чужой вещи. Юристы признали, что воровства нѣтъ, какъ скоро нѣтъ умысла украсть (adfectus furandi); если, напр., наслѣдникъ не зналъ, что такая-то вещь была получена его наслѣдодателемъ въ ссуду, наемъ или поклажу, и, принимая ее за наслѣдственную, продавалъ или дарилъ ее, то онъ не совершалъ воровства, такъ что пріобрѣтатель ея могъ укрѣпить свое пріобрѣтеніе давностью [799]). Недвижимости современемъ вовсе были исключены изъ числа объектовъ воровства, даже овла-

[797]) *Gai*. II. 57.
[798]) *Gai*. II. 61.
[799]) *Gai*. II. 50.

дѣніе завѣдомо чужимъ участкомъ не признавалось за воровское, такъ что каждый послѣдующій добросовѣстный (стр. 545 сл. владѣлецъ его могъ пріобрѣсти его по давности [800]).—Случаи давностнаго пріобрѣтенія чужой вещи предстали предъ юристомъ въ достаточномъ количествѣ для того, чтобы онъ или выступилъ противъ нихъ съ новыми мѣрами, или передумалъ вновь вопросъ объ основаніяхъ давности. Изъ этихъ двухъ путей остановились на послѣднемъ. Было признано, что институтъ давности введенъ ради «общаго блага», чтобы былъ предѣлъ тяжбамъ о собственности и чтобы владѣльцы вещей не оставались подолгу въ неизвѣстности относительно принадлежности имъ этихъ вещей; если благодаря давности настоящій собственникъ могъ лишиться своей вещи, то въ такомъ случаѣ ему слѣдовало пенять на себя, ибо давностный срокъ вполнѣ достаточенъ для того, чтобы каждый собственникъ успѣлъ своевременно защитить свое право [801]). Подъ «общимъ благомъ», очевидно, разумѣлись интересы гражданскаго оборота, для котораго важна прочность существующихъ отношеній, и интересы правосудія, авторитетъ котораго неминуемо долженъ страдать, какъ скоро судамъ приходится слишкомъ много углубляться въ разслѣдованіе неясныхъ фактовъ изъ далекаго прошлаго. Это воззрѣніе на давность оправдывало до нѣкоторой степени самую возможность пріобрѣтенія владѣльцемъ чужой вещи и даже возводило такое пріобрѣтеніе на степень нормальнаго явленія. Однако, съ другой стороны, соображенія иного рода ограничили свободное развитіе новой точки зрѣнія.

causa possessionis.

Уже въ практикѣ стараго права должны были въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ обращать вниманіе на тотъ способъ, которымъ давностный владѣлецъ пріобрѣлъ свое владѣніе (causa possessionis); незаконный способъ сразу придавалъ владѣ-

---

800) *Gai*. II. 51.

801) *Dig*. 41. 3 fr. 1 (Гай): Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium; ср. *Gai*. II.44.—*Dig*. 41. 10 fr. 5.... ut aliquis litium finis esset (Нерацій).

нію характеръ воровскаго. Когда понятіе воровства съузилось, противоположеніе законнаго и незаконнаго способа пріобрѣтенія представило самостоятельный интересъ; отъ того, кто ссылался на давность, стали требовать, чтобы онъ, сверхъ своего владѣнія, доказалъ, что оно пріобрѣтено имъ законнымъ образомъ, т.-е. однимъ изъ тѣхъ способовъ, которыми дозволяется пріобрѣтать самое право собственности, какъ-то передачею вещи на основаніи купли (pro emptore), даренія (pro donato), отказа (pro legato) или сдѣлки о приданомъ (pro dote), или вступленіемъ въ наслѣдство по цивильному (pro herede) или преторскому (pro possessore) праву, или захватомъ вещи, оставленной ея хозяиномъ (pro derelicto), или наконецъ какимъ-нибудь другимъ дозволеннымъ способомъ (pro suo). Сообразно способу пріобрѣтенія различали владѣніе законное (possessio iusta) и незаконное (p. iniusta), владѣльца законнаго (possessor iustus) и незаконнаго (p. iniustus). Незаконный владѣлецъ не пріобрѣталъ давностью, хотя бы въ его владѣніи не заключалось ничего воровскаго (напр., занявшій безъ насилія завѣдомо чужое имѣніе, взявшій купленное безъ передачи и т. д.). Законный способъ пріобрѣтенія владѣнія назывался также титуломъ давности (titulus usucapionis).—Въ имперіи выработалось еще одно условіе. Согласно съ общимъ характеромъ права, юристы къ пріобрѣтенію по давности приложили требованія «доброй совѣсти» (bona fides). Они различали владѣніе добросовѣстное (bonae fidei possessio) и недобросовѣстное (malae f. p.), владѣльца добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго. Только первый изъ нихъ пріобрѣталъ вещь давностью; можно было овладѣть вещью законно и все-таки не быть добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Впрочемъ, пока противное не было доказано, каждый владѣлецъ предполагался добросовѣстнымъ. Понятіе добросовѣстнаго владѣнія, какъ вообще понятіе «доброй совѣсти», прошло извѣстный путь развитія, который, къ сожалѣнію, не можетъ быть возстановленъ съ удовлетворительною достовѣрностью. Изъ источниковъ видно, что Юліану приходилось высказываться противъ чрезмѣрнаго расширенія понятія «bona fides». Если кто знаетъ, что продавецъ намѣ-

Bona fides.

ренъ тотчасъ же расточить вырученныя деньги, и все-таки покупаетъ у него, то, по мнѣнію многихъ, говоритъ Юліанъ, этотъ покупатель тѣмъ не менѣе остается добросовѣстнымъ, «какимъ образомъ считать за недобросовѣстнаго того, кто купилъ у самого собственника»? [802]). И позднѣйшіе юристы кладутъ сущность добросовѣстности въ томъ, что владѣлецъ, пріобрѣтая владѣніе, полагалъ, что онъ получаетъ его отъ такого лица, которое имѣетъ право на отчужденіе данной вещи [803]). Противоположеніе добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣнія сложилось въ замѣтной связи съ противоположеніемъ владѣнія законнаго и незаконнаго и въ концѣ концовъ юристы не провели вполнѣ ясной границы между законнымъ и добросовѣстнымъ владѣніемъ, какъ двумя самостоятельными условіями пріобрѣтенія права собственности по давности. Только благодаря этой неясности могъ родиться новый вопросъ—о значеніи «путативнаго» титула. Кто-либо оставлялъ чужую вещь у себя, ошибочно полагая, что она ему передана, продана, отказана по завѣщанію и т. д., другими словами,—предполагая существованіе титула, когда его на самомъ дѣлѣ не было; спрашивалось, достаточно-ли подобное добросовѣстное заблужденіе для давности или сверхъ того все же надо было потребовать существованія титула? Уже Сабинъ долженъ былъ считаться съ этимъ вопросомъ и какъ онъ, такъ и послѣдующіе юристы, Цельзъ, Юліанъ, Папиніанъ, Павелъ и Ульпіанъ [804]) разрѣшали его во второмъ смыслѣ. Однако въ то же время другіе думали иначе, какъ это видно изъ словъ Цельза и изъ нѣкоторыхъ мѣстъ дигестъ. Между прочимъ, по Африкану, кто по извинительному заблужденію ошибается въ существованіи титула (напримѣръ, довѣренное лицо, которому было поручено купить данную вещь, доставило ее пріобрѣтателю съ ложнымъ увѣреніемъ, что она

titulus putativus.

---

[802]) *Dig.* 41. 4 fr. 8.

[803]) *Gai.* II. 43; *Dig.* 18. 1 fr. 27 (Павелъ); *Dig.* 50. 16 fr. 109. (Модестинъ).

[804]) *Dig.* 41. 4 fr. 2 § 2 (Сабинъ); 41. 3 fr. 27 (Цельзъ и Ульп.): 41. 7 fr. 6 (Юліанъ); 41. 8 fr. 3 (Папин.); 41. 4 fr. 2 pr. (Павелъ); 41. 6 fr. 1 pr. (Павелъ); 41. 8 fr. 2 (Павелъ)

пріобрѣтена куплею), тотъ пріобрѣтаетъ по давности [805]). По Помпонію, владѣетъ pro suo тотъ, кто получилъ отъ наслѣдника, въ видѣ отказа, вещь, на самомъ дѣлѣ не отказанную [806]), а позднѣе (IV стол.) въ подобныхъ случаяхъ признавали даже владѣніе pro legato [807]). Наконецъ Павелъ и Ульпіанъ обнаружили непослѣдовательность и отступили отъ своего общаго правила. По Павлу, тотъ пріобрѣтаетъ по давности, кто купилъ у несовершеннолѣтняго безъ участія опекуна, принявъ продавца по ошибкѣ за совершеннолѣтняго, и у безумнаго,—принявъ его за здороваго [808]); Ульпіанъ же высказался подобно Африкану [809]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ присутствіе добросовѣстности устраняло необходимость въ дѣйствительномъ существованіи титула. Еще далѣе въ расширеніи понятія «bona fides» шелъ Помпоній. Онъ высказалъ общее положеніе, которое, повидимому, не встрѣтило сочувствія со стороны прочихъ юристовъ. Если кто, говоритъ Помпоній, владѣя вещью, полагаетъ, что, по законамъ, онъ не долженъ пріобрѣсти эту вещь давностью, тотъ, хотя и ошибается въ этомъ случаѣ, тѣмъ не менѣе давностью не пріобрѣтаетъ, — потому-ли, что онъ представляется недобросовѣстнымъ, и т. д. [810]). Очевидно, что растяжимое представленіе о «bona fides», какъ образѣ дѣйствій добропорядочныхъ людей, не оставляло юристовъ и въ вопросахъ о давности и затрудняло имъ точное опредѣленіе условій этого института.

II. Судебная защита владѣнія [811]).

Владѣніе при виндикаціи.

§ 221. Въ каждомъ судебномъ спорѣ о правѣ собственности (виндикація) возникалъ важный вопросъ — у кого изъ тяжущихся, истца или отвѣтчика, должна остаться вещь на

805) *Dig.* 41. 4 fr. 11.
806) *Dig.* 41. 10 fr. 4 § 2.
807) *Dig.* 41. 8 fr. 9 (Гермогеніанъ).
808) *Dig.* 41. 4 fr. 2 §§ 15. 16; 41. 3 fr. 13 § 1.
809) *Dig.* 41. 10 fr. 1 § 1.
810) *Dig.* 41. 3 fr. 32 § 1.
811) *Dig.* 41. 2; *Cod.* 7. 32.—*Baron*, §§ 112—124; 173—175; *Іерингъ*, Объ основаніи защиты владѣнія (перев.), 1883; *Муромцевъ*,

время самаго спора. Сначала преторъ могъ разрѣшать этотъ вопросъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ по своему усмотрѣнію, приказывая (интердиктъ), чтобы вещь оставалась у той стороны, которая, въ его глазахъ, представляла наиболѣе ручательства въ сохранности и исправномъ содержаніи вещи; такое обладаніе вещью на время процесса получило названіе владѣнія (possessio). Постепенно съ пріобрѣтеніемъ владѣнія практика связала самое положеніе стороны въ процессѣ: кто получалъ владѣніе, тотъ становился отвѣтчикомъ, кто не получалъ его, тотъ занималъ мѣсто истца и, слѣдовательно, на него ложился onus probandi. Это значеніе владѣнія побудило сдѣлать его предметомъ точныхъ правилъ. Владѣніе на время процесса стали опредѣлять, смотря по тому, кто владѣлъ вещью до процесса. Владѣвшій до процесса оставался владѣльцемъ и на время процесса; таково было общее правило (по крайней мѣрѣ, относительно недвижимостей). Кромѣ того различалось владѣніе законное и незаконное; кто овладѣлъ вещью, не отнявъ ее силою (nec vi) и не похитивъ тайно (nec clam) у противной стороны и не присвоивъ ее въ томъ случаѣ, когда она была отдана ему только въ прекарное пользованіе (nec precario, стр. 300), тотъ былъ *относительно противной стороны* законный владѣлецъ (p. iustus); напротивъ, кто отнялъ вещь (vi) или похитилъ ее (clam) или, получивъ ее въ прекарное пользованіе, отказался возвратить, (precario) тотъ *относительно того лица*, у котораго онъ отнялъ, похитилъ и т. д., былъ незаконный владѣлецъ (p. iniustus). Вопросъ о законности и незаконности владѣнія разрѣшался не объективно, но относительно даннаго лица; будучи незаконнымъ относительно одного лица, владѣлецъ не былъ таковымъ же предъ прочими. При судебномъ регулированіи владѣнія на время спора о собственности, владѣвшій до процесса терялъ свое владѣніе въ пользу противной стороны, если относительно нея онъ владѣлъ незаконно, она же

Очерки общей теоріи гражданскаго права, 1877, стр. 123—179; *Bruns*, Die Besitzklagen, 1874; *Bekker*, Das Recht des Besitzes bei den Römern, 1880; ср. также *Randa*, Das Recht des Besitzes nach österreichischem Rechte, 3 изд., 1879.

могла назвать свое бывшее владѣніе относительно противника законнымъ. Во всѣхъ прочихъ случаяхъ судьба владѣнія опредѣлялась по общему правилу, т. е. оно оставлялось за наличнымъ владѣльцемъ. Такъ было тогда, когда обѣ стороны относительно другъ друга были обѣ законными или незаконными владѣльцами; такъ было наконецъ и въ томъ случаѣ, если наличный владѣлецъ пріобрѣлъ свое владѣніе незаконно, но споръ о собственности возникалъ у него не съ прежнимъ владѣльцемъ вещи, а съ постороннимъ, третьимъ лицомъ: «владѣлецъ, въ силу того, что онъ владѣетъ, имѣетъ болѣе права, нежели тотъ, кто не владѣетъ» и «при столкновеніи владѣльца съ третьими лицами *не спрашивается*, законно или нѣтъ его владѣніе» [812]).

Итакъ судебная защита владѣнія, — въ формѣ-ли интердиктовъ или въ какой-либо иной формѣ,—была сначала составною частью процесса о правѣ собственности [813]). Порядокъ этой защиты—такъ, какъ онъ только-что изложенъ нами,—основывался на томъ фактѣ, что въ дѣйствительности вещами (недвижимостями) владѣютъ обыкновенно ихъ собственники и, стало быть, въ каждомъ данномъ владѣльцѣ, за исключеніемъ незаконныхъ владѣльцевъ, основательно было предполагать собственника; кому же, какъ не вѣроятному собственнику ея, отдать вещь на время самаго процесса? Относительно движимостей, благодаря тому, что обладаніе ими подвержено бо̀льшимъ случайностямъ, такое предположеніе имѣло нѣсколько менѣе основаній, такъ что, можетъ быть, относительно вещей этого рода дѣйствовало рано особое правило: изъ двухъ владѣльцевъ движимой вещи она отдавалась

---

[812]) *Dig.* 41. 2 fr. 3 § 5: in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat; *Dig.* 43. 17 fr. 2: Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.

[813]) *Gai.* IV. 148: Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia conparata sunt uti possidetis et utrubi; ср. *Dig.* 43. 17 fr. 1 §§ 2. 3.

не тому, кто владѣлъ ею предъ началомъ процесса, но тому, кто владѣлъ ею относительно наибольшій промежутокъ времени въ теченіи послѣдняго года; впрочемъ различіе законнаго и незаконнаго владѣнія соблюдалось здѣсь такъ же, какъ и во владѣльческихъ спорахъ касательно недвижимостей.

Основное предположеніе.

§ 222. Во второй разъ (ср. стр. 541) мы встрѣчаемся съ тѣмъ фактомъ, что значительное, подавляющее большинство владѣльцевъ суть собственники. Уже *a priori* слѣдуетъ предполагать неизбѣжность этого факта въ томъ гражданскомъ обществѣ, гдѣ право предписываетъ извѣстный порядокъ пріобрѣтенія собственности и гдѣ общество не тяготится своимъ правомъ. Въ такомъ случаѣ право служитъ выраженіемъ жизни; господствующее въ жизни будетъ господствовать въ правѣ и наоборотъ по тому, что̀ господствуетъ въ правѣ, основательно заключать о томъ, что̀ господствуетъ въ самой жизни. Если римское право даннаго времени указывало извѣстный кругъ способовъ пріобрѣтенія вещей въ законное обладаніе (собственность) и если общество удовлетворялось этими способами, то, надо думать, что обыкновенно въ дѣйствительности обладаніе вещами пріобрѣталось именно тѣми способами, которые были указаны правомъ; имѣя предъ собою фактъ обладанія, основательно было предположить въ немъ собственность, пока противное не доказано. Помимо того, юристъ, пока онъ вѣритъ въ годность того права, которое онъ поддерживаетъ своимъ авторитетомъ, невольно долженъ думать, что дѣйствительность согласуется съ его требованіями, что господствующее въ правѣ есть господствующее въ жизни; ибо дѣйствительныя отношенія предполагаются скорѣе правомѣрными, чѣмъ неправомѣрными; склониться къ противоположному рѣшенію значило бы допустить, что требованія права расходятся съ требованіями жизни, что интересы права и жизни существенно не согласуются—другими словами, что право потеряло свою пригодность. Весь существующій порядокъ отношеній предполагается правомѣрнымъ и потому требуется между прочимъ, чтобы истецъ доказалъ свой искъ, потому что онъ есть именно то лицо, которое выступаетъ съ противоположнымъ утвержденіемъ. Во владѣніи предполагается

право собственности и потому на время спора о собственности вещь оставляется у владѣльца, который принимаетъ положеніе отвѣтчика. Было бы несправедливо выступить противъ этого сочетанія мыслей и, напр., разсуждать слѣдующимъ образомъ: если численное превосходство правомѣрныхъ владѣльцевъ предъ неправомѣрными есть безспорный фактъ, то такое превосходство врядъ-ли сохраняется, когда мы ограничимся случаями владѣнія, которые доходятъ до суда; въ кругу этихъ случаевъ вѣроятность правомѣрнаго и неправомѣрнаго владѣнія почти одинакова и потому нѣтъ повода для предположенія собственника въ каждомъ владѣльцѣ (Брунсъ). Мы сейчасъ увидимъ, что основательность такого замѣчанія гораздо ниже его остроумія.

О презумпціяхъ вообще.

Надо вспомнить, что̀ вообще служитъ источникомъ судебныхъ предположеній (презумпцій). Гражданскій судъ ожидаетъ отъ тяжущихся доказательства фактовъ, которые они утверждаютъ, но процессъ доказыванія превратился бы почти въ невозможность, если бы отъ сторонъ требовалось доказательство всѣхъ фактовъ безъ исключенія. Потому отъ лица доказывающаго требуется только, чтобы оно сдѣлало первый шагъ, убѣдило бы судъ въ существованіи нѣкоторыхъ фактовъ, а потомъ судъ *предполагаетъ,* что въ данномъ случаѣ этимъ фактамъ сопутствуютъ нѣкоторые другіе. На чемъ же строится подобное предположеніе? Его нельзя строить, ограничивая кругъ наблюденій только тѣми случаями, которые достигаютъ судебнаго разбирательства; въ случаяхъ этого рода все спорно и противоположныя сочетанія обладаютъ одинаковою вѣроятностью. Судьѣ остается основывать свои предположенія не на *судебной,* но на *житейской* опытности. Онъ знаетъ, какъ складываются различные факты и отношенія въ гражданской жизни и прилагаетъ свое знаніе въ видахъ облегченія процесса доказыванія. Обыкновенно жены родятъ дѣтей отъ своихъ мужей; обыкновенно мужъ, который платитъ за жену, поступаетъ такъ въ намѣреніи подарить ей; кредиторъ возвращаетъ должнику росписку только тогда, когда должникъ уплатилъ свой долгъ; закладъ возвращается должнику,—когда право заклада отмѣняется; завѣщатель продаетъ отка-

занную вещь — когда онъ передумалъ относительно отказа и т. д. И вотъ судья строитъ соотвѣтствующія предположенія: мужъ матери предполагается отцомъ ея ребенка [814]), уплата мужемъ за жену предполагается сдѣланною съ намѣреніемъ подарить (animo donandi) [815]), нахожденіе росписки въ рукахъ должника почитается за знакъ погашенія долга [816]), возвращеніе заклада по принадлежности [817]) или дозволеніе продать его [818])—за знакъ отмѣны самаго закладнаго права, продажа отказанной вещи завѣщателемъ—за знакъ того, что отказъ отмѣненъ [819]). Заинтересованной сторонѣ предоставлялось оспаривать справедливость предположенія и доказывать, что въ данномъ случаѣ было иначе. Совершенно подобно этому было строеніе процесса о собственности. Законный владѣлецъ предполагался собственникомъ и у него оставалась спорная вещь, истцу же предоставлялось доказывать противное.

Вторая фаза.

§ 223. Возвратимся къ судебной защитѣ владѣнія. Теперь мы приступаемъ ко второй фазѣ ея историческаго развитія,— фазѣ, въ которой она стала орудіемъ индивидуализма.

Основаніе судебной защиты владѣнія.

Расширеніе гражданскаго оборота, быстрота, съ которою вещи переходили изъ рукъ въ руки, переполненіе рынка вещами, не особенно отличимыми, употребленіе простой передачи вмѣсто торжественной манципаціи, — всѣ эти обстоятельства затруднили процессъ доказыванія права собственности; то облегченіе, которое въ этомъ отношеніи приносилъ институтъ давности, оказывалось недостаточнымъ. Многія нарушенія права собственности (напр., кто-нибудь мѣшалъ собственнику строиться, или портилъ воздухъ дымомъ и т. п.) могли быть назойливы и докучливы, однако не всегда стоило выступать противъ нихъ съ искомъ о собственности, т. е. рѣшаться на тяжелое дѣло — доказываніе предъ судомъ своего права на вещь. Къ тому же нерѣдко нарушеніе исходило

---

814) *Dig.* 2. 4 fr. 5: pater is est, quem nuptiae demonstrant.
815) *Dig.* 32 fr. 33 § 2.
816) *Dig.* 2. 14 fr. 2 § 1.
817) *Dig.* 2. 14 fr. 3; 13. 7 fr. 3.
818) *Dig.* 20. 6 fr. 4 § 1.
819) *Dig.* 34. 4 fr. 18; fr. 24 § 1.

отъ лица, которое не высказывало никакихъ явныхъ претензій на самое право, такъ что недостойно было бы собственника начинать съ такимъ противникомъ формальное состязаніе объ этомъ правѣ. Изстари въ самоуправствѣ признавали чувствительное дополненіе къ судебнымъ искамъ, защищавшимъ право собственности; но безграничное пользованіе этимъ средствомъ противорѣчило требованіямъ общежитія. И вотъ, неизвѣстно какъ и когда (VII стол.?), пришли къ той мысли, что собственнику слѣдуетъ дозволить ссылаться просто на фактъ своего владѣнія вещью и, не требуя отъ него никакихъ доказательствъ его права, защищать его какъ владѣльца. Владѣніе, какъ владѣніе, сдѣлалось предметомъ самостоятельной судебной защиты; чтобы достигнуть наибольшей простоты и быстроты, изъ спора о владѣніи устранили вовсе вопросы о правахъ. Такъ какъ однако не каждый владѣлецъ былъ собственникомъ, то въ результатѣ получилось, что владѣлецъ - несобственникъ (въ иныхъ случаяхъ воръ и разбойникъ) защищался наравнѣ съ владѣльцемъ - собственникомъ. Практически это положеніе не было опасно, такъ какъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ защита владѣнія служила на пользу собственникамъ и ради этого полезнаго дѣйствія ея мирились съ ея непріятными послѣдствіями. Кромѣ того судебный приговоръ о владѣніи не обладалъ безусловною силою и собственнику, который проигралъ бы споръ о владѣніи, предоставлялось вчинить новый споръ о правѣ собственности. Судебная защита владѣнія, какъ владѣнія, стала вспомогательнымъ институтомъ при судебной защитѣ права собственности: собственникъ сталъ защищаться въ двухъ своихъ положеніяхъ, какъ собственникъ и какъ владѣлецъ; онъ выбиралъ, смотря по обстоятельствамъ, между искомъ о собственности и искомъ о владѣніи. Догматически же, т. е. въ системѣ юридическихъ идей, владѣніе пріобрѣло самостоятельное значеніе; это было новое право (ибо каждое отношеніе, которое обладаетъ юридическою защитою, есть право) и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ не слѣдовало смѣшивать его съ собственностью [820]).

---

[820]) *Dig.* 41. 2 fr. 12 § 1. Nihil commune habet proprietas cum possessione.

Надо отдать себѣ ясный отчетъ въ томъ взаимодѣйствіи идей, которое привело къ судебной защитѣ владѣнія, какъ самостоятельнаго права. Въ необходимости облегчить (индивидуализировать) судебное положеніе собственниковъ лежалъ корень этого института; фактическое отношеніе владѣнія и собственности — тотъ фактъ, что подавляющее большинство владѣльцевъ суть собственники—и основанное на этомъ фактѣ предположеніе собственника въ каждомъ владѣльцѣ дали возможность построить искомый институтъ въ томъ видѣ, какъ онъ описанъ выше. Этотъ фактъ и это предположеніе не были причиною судебной защиты владѣнія; но они сдѣлали ее осуществимою, какъ скоро она понадобилась по другимъ причинамъ. Ближайшимъ поводомъ, толчкомъ къ образованію судебной защиты владѣнія могло служить особое развитіе самоуправства въ средѣ собственниковъ и естественное стремленіе — парализовать этотъ способъ защиты созданіемъ другихъ способовъ, болѣе легальныхъ. Но въ борьбѣ съ самоуправствомъ не слѣдуетъ видѣть послѣдній источникъ разсматриваемаго института. Борьба съ самоуправствомъ вообще породила судебныя средства защиты: судебная защита каждаго права образовалась благодаря тому, что, считая данное отношеніе достойнымъ защиты, не хотѣли, чтобы эта защита состояла въ самоуправствѣ; но когда мы говоримъ объ отдѣльныхъ видахъ судебныхъ средствъ, мы должны искать спеціальную причину, которая понудила государственную власть образовать эти средства въ каждомъ данномъ случаѣ. Отношеніе власти къ самоуправству можетъ быть различно; въ иныхъ случаяхъ власть просто стремится подавить его, въ другихъ (именно когда отношеніе, которое защищается самоуправствомъ, заслуживаетъ покровительства) она ограничивается стремленіемъ парализовать его чрезъ образованіе судебныхъ средствъ, которыя въ состояніи замѣнить его; въ послѣднемъ случаѣ вопросъ—почему же данное отношеніе заслужило юридическое покровительство, возникаетъ самъ собою и онъ вовсе не разрѣшается ссылкою на борьбу съ самоуправствомъ. Эта ссылка поясняетъ намъ только, что, уважая данное отношеніе, власть предпочла даровать ему судебную защиту

вмѣсто того, чтобы оставить его въ неурядицѣ защиты несудебной.

Владѣльческіе интердикты.

§ 224. Три интердикта защищали владѣніе: unde vi, uti possidetis, utrubi,—названные такъ по начальнымъ словамъ своихъ формулъ. Ко времени внутреннихъ междоусобицъ второй половины VII вѣка, полныхъ насилій и самоуправства, надо отнести возникновеніе интердикта unde vi [821]. Онъ относился къ недвижимостямъ и предписывалъ возвращеніе владѣльцу его вещи, отнятой у него насильственно. Въ позднѣйшемъ императорскомъ законодательствѣ были сдѣланы попытки распространить дѣйствіе интердикта, направляя его и противъ добросовѣстныхъ нарушителей чужаго владѣнія, но источники не даютъ достаточно матеріала для того, чтобы разрѣшить вопросъ о значеніи этихъ попытокъ (Ірингъ, Брунсъ).—Интердикты uti possidetis [822] и utrubi [823] могли сформироваться довольно рано, какъ составная часть процесса о правѣ собственности (примѣч. 813), и потомъ были употреблены какъ самостоятельныя средства для защиты владѣнія. Uti possidetis охранялъ владѣніе недвижимостями, utrubi—движимостями; uti possidetis получалъ тотъ, кто владѣлъ вещью въ моментъ нарушенія, utrubi—тотъ, кто владѣлъ ею въ теченіи послѣдняго года относительно долѣе, нежели его противникъ. Изъ этого послѣдняго различія слѣдовало, что uti possidetis направлялся только противъ непосредственнаго нарушителя владѣнія (actio in personam), а utrubi—противъ

---

[821] *Gai.* IV. 154. 155; *Dig.* 43. 16; *Cod.* 8. 4.—*Dig.* 43. 16 fr. 1 pr.: Praetor ait: «Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo».

[822] *Gai.* IV. 149. 150; *Dig.* 43. 17; *Cod.* 8. 6.—*Dig.* 43. 17 fr. 1 pr.: Ait praetor: «Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. de cloacis hoc interdictum non dabo. neque pluris, quam quanti res erit: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam».

[823] *Gai.* IV. 151. 152; *Dig.* 43. 31: Praetor ait: «Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto».

каждаго, у кого могла оказаться вещь (actio in rem). Оба интердикта давались какъ въ томъ случаѣ, когда вещь перешла въ руки нарушителя (подобіе виндикаціи, int. recuperandae possessionis), такъ и въ томъ, когда владѣніе было имъ только обезпокоено (подобіе a. negatoria, int. retinendae possessionis). Въ случаяхъ мирнаго препирательства о владѣніи (напр., между двумя сосѣдями, сособственниками), а также въ виду будущаго, еще не наступившаго нарушенія, юристы тоже давали мѣсто разбирательству по интердиктамъ.—Относительно всѣхъ трехъ интердиктовъ: unde vi, uti possidetis, utrubi, было удержано вышеизложенное различіе законнаго и незаконнаго владѣнія и законный владѣлецъ защищался противъ интердикта незаконнаго владѣльца особою эксцепціею (e. vitiosa possessionis).—Ко времени Юстиніана постепенно сгладилось различіе интердиктовъ uti possidetis и utrubi; оба они стали только интердиктами retinendae possessionis и при употребленіи ихъ относительно движимостей стали соблюдать то же правило, что̀ и относительно недвижимостей.

Образованіе перечисленныхъ интердиктовъ послѣдовало тѣмъ легче, что въ концѣ республиканскаго періода, примѣрно въ VII столѣтіи, они, по своему характеру, не стояли изолированно въ общей системѣ права. Въ области отношеній по наслѣдству int. quorum bonorum (стр. 349) защищалъ *видимость* права на наслѣдство (стр. 350) и подобно владѣльческимъ интердиктамъ былъ средствомъ вспомогательнымъ для истинныхъ наслѣдниковъ и временнымъ и условнымъ — для неистинныхъ (ср. стр. 348, 350); отъ владѣльческихъ интердиктовъ онъ отличался тѣмъ, что защищалъ обладаніе вещью, которая до того времени вовсе не принадлежала истцу; почему и назывался int. adipiscendae possessionis. Къ этой послѣдней категоріи принадлежали еще два интердикта. Int. quod legatorum [824]) возвращалъ наслѣднику тѣ вещи, которыя кто-либо захватилъ произвольно, ссылаясь на оставленный ему отказъ; и здѣсь дѣйствіе интердикта было условное и временное—до тѣхъ поръ, пока легатарій не докажетъ сво-

---

[824]) *Dig.* 43. 3.

его права на полученіе отказа. Int. Salvianum (гл. XXII) служилъ вспомогательнымъ и провизорнымъ средствомъ при защитѣ правъ залогодержателя. Такимъ образомъ идея интердикта, какъ вспомогательнаго средства защиты, дополняющаго собою другіе иски, и при этомъ — какъ средства временнаго и условнаго (провизорнаго), была довольно распространенною въ концѣ республиканскаго періода.

Опредѣленіе владѣнія.

§ 225. Какъ скоро владѣніе стало предметомъ особой защиты, какъ самостоятельное правовое отношеніе, надлежало опредѣлить его съ возможною точностью въ видахъ отличенія его отъ другихъ подобныхъ ему. Такое опредѣленіе было исполнено императорскою юриспруденціею, но казуальнымъ путемъ. Обобщая всѣ казуальныя рѣшенія, сюда относящіяся, надо свести ихъ въ какія-либо общія правила. Мы поступимъ неправильно, если, думая воспроизвести мысль римскихъ юристовъ, опредѣлимъ владѣніе, какъ физическую возможность господствовать непосредственно въ каждый данный моментъ надъ вещью и исключать всякое чуждое воздѣйствіе на нее, и если скажемъ, что владѣніе начинается съ пріобрѣтеніемъ такой возможности и теряется съ прекращеніемъ ея (Савиньи). Это опредѣленіе не согласуется со многими частными случаями, въ которыхъ римскіе юристы признаютъ пріобрѣтеніе и потерю владѣнія. Такъ, въ мое владѣніе поступаетъ вещь, принесенная въ мое отсутствіе въ мой домъ; подобно этому охотникъ получаетъ владѣніе надъ животными, попавшими въ поставленный имъ капканъ. Въ этихъ случаяхъ владѣніе пріобрѣтается безъ вѣдома владѣльца и независимо отъ его присутствія, — двухъ условій, необходимыхъ для установленія «физической возможности непосредственно воздѣйствовать на вещь въ каждый данный моментъ». Значеніе двухъ приведенныхъ случаевъ не умалится, если мы поправимъ вышеприведенное опредѣленіе въ томъ смыслѣ, что присутствіе наше при вещи не требуется для пріобрѣтенія владѣнія, какъ скоро приготовленія, сдѣланныя нами для основанія фактическаго господства, таковы, что оно можетъ быть пріобрѣтено нами въ наше отсутствіе (Ранда). Чтобы фактическое господство могло быть пріобрѣтено въ наше от-

Савиньи.

сутствіе, для того необходимо, чтобы дѣйствіе сдѣланныхъ для такой цѣли приготовленій было обезопасено противъ противодѣйствія, возможнаго со стороны третьихъ лицъ: при фактическомъ отношеніи невозможность подобнаго противодѣйствія есть необходимое условіе существованія самаго отношенія. Однако изъ обстановки обоихъ случаевъ, описанной римскими юристами, явствуетъ, что именно это обстоятельство не принималось здѣсь въ соображеніе [825]). Слѣдовательно, форма установленія владѣнія въ этомъ случаѣ копировалась не съ формы установленія фактическаго, но съ формы установленія юридическаго господства, при которомъ воздержаніе постороннихъ лицъ отъ противодѣйствія, составляя цѣль, ради которой учреждено юридическое господство (т. е. защита фактическаго господства), не есть непремѣнное условіе его существованія.—Далѣе, слѣдуя римскимъ юристамъ, «не теряется владѣніе мѣстомъ въ горахъ, оставленныхъ владѣльцемъ осенью и недоступныхъ зимою; не теряется владѣніе утонувшею вещью, заблудившимся животнымъ, какъ скоро вещь тотчасъ же вытаскивается изъ воды, а животное тотчасъ же находится; не теряется владѣніе убѣжавшимъ дикимъ звѣремъ, пока не затруднена его обратная поимка; владѣніе животными, имѣющими привычку возвращаться домой, не теряется вслѣдствіе ихъ временнаго удаленія отъ дома; владѣніе дикими звѣрями и рыбой, содержимыми въ паркѣ или сажалкѣ, продолжается безпрерывно, хотя бы вслѣдствіе большой величины парка или сажалки было невозможно произвольное воздѣйствіе на извѣстное животное; не прекращается владѣніе вещью, которая затерялась; владѣніе вещью, закопанной въ землю, не теряется, если закопавшій забываетъ временно мѣсто, гдѣ онъ скрылъ свою вещь; владѣніе рабомъ, который начинаетъ вести себя, какъ свободный человѣкъ, теряется не сейчасъ, а лишь въ томъ случаѣ, если означенное поведеніе раба продолжается достаточно дол-

---

[825]) Напр., *Dig.* 41. 1 fr. 55: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat, an non permissu eius posuerim etc.

гое время. Наоборотъ владѣніе можетъ быть потеряно вопреки тому, что существуетъ возможность непосредственнаго воздѣйствія на вещь: такъ, теряется владѣніе поземельнымъ участкомъ, когда владѣлецъ не заботится долгое время объ его культурѣ,—все равно, происходитъ-ли это по небрежности его, или вслѣдствіе извинительнаго отсутствія; далѣе теряется владѣніе поземельнымъ участкомъ, когда послѣ смерти арендатора владѣлецъ долгое время оставляетъ этотъ участокъ безъ призора» (Баронъ, Іерингъ).

Іерингъ.

Такимъ образомъ источники противорѣчатъ вышеизложенному опредѣленію и мы должны обратиться къ другому. Чрезъ длинный рядъ казуальныхъ рѣшеній, оставленныхъ римскими юристами, проходитъ та мысль, что подъ владѣніемъ слѣдуетъ разумѣть реальность (Thatsächlichkeit), видимость (Sichtbarkeit) права собственности (Іерингъ). Владѣніемъ слѣдуетъ признать всѣ тѣ отношенія лица къ вещи, о которыхъ по видимости ихъ слѣдуетъ предполагать, что въ нихъ выражается право собственности; на основаніи видимости каждый скажетъ, что мнѣ принадлежатъ вещи, находящіяся въ моей квартирѣ, и животныя, попавшія въ мои сѣти, но затруднится счесть меня за лицо, имѣющее притязаніе на кладъ, если я не интересуюсь открыть его, зная, что онъ лежитъ въ моемъ саду. Лѣтними дачами пользуются только лѣтомъ, и никто не удивится, узнавъ, что я не стараюсь проникнуть къ моей дачѣ во время снѣжныхъ заносовъ. Вопросъ о существованіи владѣнія долженъ разрѣшаться согласно съ хозяйственнымъ назначеніемъ вещей. Признаки владѣнія недвижимостями отличаются отъ признаковъ владѣнія движимостями, насколько видимость недвижимой собственности или поведеніе собственниковъ недвижимостей, отличается отъ видимости движимой собственности или поведенія собственниковъ движимыхъ вещей. Одна и та же форма отношенія къ вещи признается въ одномъ случаѣ за владѣніе, а въ другомъ—не признается. Я остаюсь владѣльцемъ бревенъ, когда оставляю ихъ на берегу безъ призора, но потеряю владѣніе драгоцѣнностями, если поступлю съ ними такимъ же образомъ: никто не усомнится въ принадлежности мнѣ бревенъ, сваленныхъ подъ открытымъ не-

бомъ, но не признаетъ моею цѣнную вещь, видя, что я оставляю ее валяться на чистомъ полѣ. Для того, чтобы быть владѣльцемъ, надо вести себя по отношенію къ вещи такъ, какъ ведетъ себя собственникъ. Владѣніе начинается съ возникновеніемъ подобнаго образа дѣйствій и уничтожается съ его прекращеніемъ. Это уподобленіе собственности римскіе юристы проводили въ иныхъ случаяхъ съ замѣчательною тонкостью. Кто воздерживается отъ воздѣлыванія своего участка изъ страха предъ кѣмъ-либо, тотъ не теряетъ владѣнія [826]), — большинство собственниковъ навѣрное поступали такимъ же образомъ. Кто зарываетъ дорогіе предметы въ предѣлахъ чужаго участка, тотъ не теряетъ владѣнія ими даже тогда, когда забываетъ на время ихъ мѣстонахожденіе [827]);—и собственникъ легко можетъ попасть въ такую же бѣду, особенно если онъ не имѣетъ своей земли, въ которой могъ бы укрыть свои драгоцѣнности. Кто не пожелаетъ владѣть, тотъ сейчасъ же лишается владѣнія, хотя бы находился относительно вещи въ положеніи собственника [828]),— по общему правилу, кто отказывается отъ обладанія какимъ либо гражданскимъ правомъ, тотъ лишается этого права, хотя бы продолжали существовать всѣ другія условія, необходимыя для его существованія, и владѣніе не составляетъ въ этомъ отношеніи исключенія. Кто теряетъ вещь, но помнитъ мѣсто, гдѣ она находится, тотъ не лишается владѣнія ею (предполагается, конечно, что владѣлецъ желаетъ удержать вещь за собою) [829]); потерять вещь можетъ и собственникъ; и только тогда, когда потерявшій не вернется за нею (потому-ли, что не хочетъ, или потому, что не можетъ), онъ перестаетъ вести себя, какъ собственникъ. Мужъ не можетъ подарить женѣ что-либо въ собственность, но можетъ перенести на нее владѣніе [830]);—жена, обладая вещью, хотя бы полученною ею въ подарокъ отъ мужа, и ведя себя по отно-

[826]) *Cod.* 7. 32 fr. 4.
[827]) *Dig.* 41. 2 fr. 44 pr
[828]) *Dig.* 41. 2 fr. 3 § 6
[829]) *Dig.* 41. 2 fr. 25 pr.
[830]) *Dig.* 41. 2 fr. 1 § 4.

шенію къ ней, какъ собственница, *по видимости* представляется собственницею ея. Владѣніе убѣжавшимъ животнымъ теряется, если животное не отыскивается, несмотря на предпринятый безъ замедленія тщательный розыскъ [831]); стало быть, заботливость о вещи не сохраняетъ владѣнія, коль скоро невозможно господство надъ вещью; — всѣ права, въ чемъ бы они ни состояли, существуютъ въ предѣлахъ физической возможности, и права на вещь, въ чемъ бы ни заключалось ихъ содержаніе, не могутъ существовать при отсутствіи самой вещи.

Параллелизмъ съ собственностью.

Итакъ владѣніе — видимость собственности; въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ отношеніе есть владѣніе, какъ скоро своимъ внѣшнимъ видомъ оно напоминаетъ собственность. Но кромѣ того общія условія владѣнія составляютъ снимокъ съ общихъ условій собственности. Владѣніе совпадаетъ съ собственностью въ отношеніи границъ распространенія; владѣніе идетъ параллельно собственности. Оно, вопервыхъ, не простирается далѣе собственности: гдѣ невозможна собственность, тамъ невозможно и владѣніе, и, вовторыхъ, оно распространено настолько же, насколько и собственность: гдѣ допускается эта послѣдняя, тамъ мыслимо и владѣніе. Такъ, гдѣ нѣтъ собственности, тамъ нѣтъ и владѣнія. Римскіе юристы исключаютъ владѣніе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ существуютъ препятствія къ праву собственности. Такъ, дѣти, подчиненныя главѣ семейства и лишенныя, по общему правилу, имущественной правоспособности, не могутъ пріобрѣтать владѣніе. Поэтому подвластный сынъ, купившій и получившій вещь въ отсутствіе своего отца, вслѣдъ затѣмъ умершаго, становится ея владѣльцемъ лишь съ момента этой смерти, потому что только съ этого момента онъ получаетъ право собственности. Напротивъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ подвластныя дѣти, благодаря исключительности своего положенія, имѣютъ доступъ къ собственности, способность къ владѣнію признается за ними въ соотвѣтствующихъ размѣрахъ, не будучи исключена ихъ подвластнымъ состояніемъ; подвластный сынъ, состоя-

[831]) *Dig*. 41. 2 fr. 3 § 13.

щій на военной или гражданской службѣ и потому имѣющій свое отдѣльное имущество (peculium castrense, quasi castrense), пользуется въ отношеніи къ нему правами какъ собственности, такъ и владѣнія. Рабъ находится во владѣніи своего господина, потому что онъ состоитъ въ его собственности: напротивъ владѣніе немыслимо по отношенію къ сыну, такъ какъ власть отца надъ сыномъ не имѣетъ имущественнаго характера. Вещи, исключенныя изъ числа предметовъ частной собственности и принадлежащія государству и общинамъ на правѣ общаго пользованія (usus publicus), и вообще всѣ тѣ вещи, обладаніе которыми трактуется отлично отъ собственности, не считаются также объектами владѣнія.—Совпаденію обоихъ институтовъ въ отрицательномъ отношеніи соотвѣтствуетъ ихъ положительный параллелизмъ: гдѣ признается собственность, тамъ имѣетъ мѣсто и владѣніе. Въ частности это представляетъ интересъ относительно случаевъ ограниченной дѣеспособности. Недѣеспособность лица не служитъ препятствіемъ къ признанію за нимъ владѣнія. Лица, подвергшіяся сумасшествію, не теряютъ своихъ правъ и могутъ пріобрѣтать таковыя вновь чрезъ посредство попечителя; то же примѣняется къ владѣнію. Положенію сумасшедшихъ подобно положеніе дѣтей. Въ одномъ случаѣ (при дареніи) ребенокъ пріобрѣтаетъ собственность безъ посредства опекуна; дѣйствіе этого случая распространяется на владѣніе. Наконецъ юридическія лица пользуются владѣніемъ наравнѣ съ физическими.

Исключительные случаи.

Такая конструкція института владѣнія вполнѣ соотвѣтствовала его служебному назначенію, какъ института вспомогательнаго при правѣ собственности. Въ качествѣ владѣльца защищался тотъ, кто, *повидимому*, былъ собственникомъ. Однако «видимость» собственности и дѣйствительная собственность не всегда одно и то же и потому вышеизложенный параллелизмъ могъ нарушаться. Такъ, свободный человѣкъ, не знающій о своей свободѣ и состоящій у кого-либо на положеніи раба, получалъ право собственности на пріобрѣтенныя имъ вещи, но не получалъ на нихъ права владѣнія [832]). Въ этомъ

---

[832]) *Dig.* 41. 1. fr. 54 § 4.

случаѣ границы владѣнія и собственности не совпадали. Но это несовпаденіе есть результатъ строгаго логическаго развитія понятія владѣнія, какъ видимости права собственности. Лицо, состоящее въ положеніи раба, кажется по видимости рабомъ, хотя бы оно было свободно, а потому вещи, принадлежащія этому лицу кажутся принадлежащими его мнимому хозяину, quia nec possidere intellegitur, qui ipse possideretur. Предполагать, что и въ этомъ случаѣ владѣніе должно сопровождать право собственности, значило бы допускать разбирательство не на основаніи одной видимости, а вопреки ей, на основаніи скрытыхъ «внутреннихъ» отношеній. Свободное лицо, считающее себя рабомъ, не ведетъ себя относительно своихъ вещей, какъ собственникъ, а потому не пріобрѣтаетъ права владѣнія. Какъ собственникъ ведетъ себя въ этомъ случаѣ хозяинъ мнимаго раба, а потому онъ есть владѣлецъ; никто другой имъ быть не можетъ. — Съ разобраннымъ случаемъ не сходенъ другой случай, на видъ подобный ему. Подвластный сынъ (filius familias), купившій вещь, не зная о смерти своего отца, и потому считающій купленное за пекулій, пріобрѣтаетъ владѣніе [833]). Здѣсь, въ противоположность предшествующему случаю, владѣніе сопровождаетъ собственность, хотя, какъ и въ первомъ случаѣ, обладатель вещи не знаетъ о своей правоспособности. Въ первомъ случаѣ существуетъ лицо, именно хозяинъ мнимаго раба, которое ведетъ себя, какъ собственникъ, и заблужденіе мнимаго раба находитъ, слѣдовательно, подтвержденіе во внѣшней обстановкѣ его отношенія къ вещи, въ притязаніяхъ и интересахъ другаго лица; напротивъ во второмъ случаѣ pater familias не существуетъ совсѣмъ, заблужденіе мнимаго filius familias исчерпывается исключительно его личною ошибкою. Не признавая filius familias въ этомъ случаѣ за владѣльца, юристу пришлось бы тѣмъ самымъ признать, что въ данномъ случаѣ никто не состоитъ владѣльцемъ вещи, и отнять у filius familias выгоду, хотя это не требуется ни какими-либо справедливыми соображеніями, ни интересами другихъ лицъ.

---

833) *Dig.* 41. 3 fr. 44 § 4.

Въ первомъ случаѣ конкретныя условія казуса дѣлаютъ невозможнымъ приложеніе полнаго параллелизма владѣнія и собственности безъ ущерба основному принципу владѣнія: во второмъ—конкретныя условія благопріятствуютъ приложенію параллелизма, принося тѣмъ выгоду одному лицу и не затрогивая правъ прочихъ лицъ и, слѣдовательно, не нанося существеннаго ущерба основному принципу, — ибо существенно только такое уклоненіе отъ принципа, которое нарушаетъ права, вытекающія изъ него, а не такое, которое состоитъ только въ нѣкоторой логической измѣнѣ принципу, сопряженной съ положительною пользою для кого-либо. Юриспруденція. относящаяся къ гражданской жизни съ живымъ участіемъ, всегда найдетъ подобную измѣну логическому формализму вполнѣ цѣлесообразною и справедливою.—Наконецъ надо привести еще одинъ случай, гдѣ владѣніе переходитъ за границы собственности. Свободный человѣкъ могъ быть предметомъ владѣнія, если владѣющій не зналъ объ его свободѣ[831]); предполагается, конечно, что и самъ мнимый рабъ не зналъ о своемъ свободномъ состояніи, или по крайней мѣрѣ не выражалъ своего знанія о томъ; въ такомъ случаѣ онъ представлялся по видимости рабомъ, а его хозяинъ — собственникомъ его.

Заблужденія юристовъ.

§ 226. Несомнѣнно, что понятіе владѣнія прошло у римскихъ юристовъ свою исторію, возстановить которую однако нѣтъ возможности по недостатку данныхъ. Историческое значеніе связывалось, можетъ быть, съ раздѣленіемъ владѣнія на цивильное (possessio civilis) и естественное (p. naturalis), раздѣленіемъ, смыслъ котораго тоже утраченъ. Но какова бы ни была исторія владѣнія, какъ понятія, въ концѣ концовъ въ средѣ юридическихъ идей оно нашло себѣ опредѣленное мѣсто. Юристъ могъ интересоваться владѣніемъ по многимъ поводамъ; владѣніе опредѣляло положеніе тяжущихся въ процессѣ, оно служило условіемъ пріобрѣтенія права собственности по давности, оккупаціи, оно же получалось отъ претора при дарованіи «владѣнія» наслѣдствомъ и т. п., но ни въ одномъ случаѣ понятіе владѣнія не было разработано съ та-

---

831) *Dig.* 41. 2. fr. 1 § 6, fr. 23 § 2; *Inst.* 2. 9 § 4.

кою подробностью и тщательностью, какъ то владѣніе, которое защищалось владѣльческими интердиктами. Однажды выработанное, это понятіе доминировало потомъ и въ другихъ случаяхъ; однако не надо думать, чтобы римскіе юристы дошли до общаго, одинаковаго во всѣхъ случаяхъ понятія владѣнія: въ области каждаго отдѣльнаго института, гдѣ владѣніе играло юридическую роль, оно понималось нѣсколько по своему (Беккеръ).—Владѣніе, которое защищалось интердиктами, представляло собою особое право, въ ряду другихъ вещныхъ правъ. Это право обладало тѣмъ отличительнымъ свойствомъ, что защита его была относительная,—владѣлецъ защищался судомъ лишь до тѣхъ поръ, пока не былъ побѣжденъ собственникомъ. Это свойство владѣнія не мало, повидимому, смущало юристовъ, и въ немъ надо искать источникъ сомнѣнія въ томъ, есть-ли владѣніе на самомъ дѣлѣ право. Юристы называли владѣніе то правомъ (ius), то фактомъ (factum); послѣдняя характеристика была достаточно распространенной и имѣла даже нѣкоторое продуктивное значеніе. Именно, на основанія того обстоятельства, что владѣніе есть только «фактъ», ему приписывались свойства, которыхъ оно не должно было бы имѣть вовсе. Такъ, на сказанномъ основаніи признавалось, что жена пріобрѣтаетъ владѣніе на вещи, полученныя ею въ подарокъ отъ мужа [835]), что малолѣтній (pupillus), состоящій подъ опекой, можетъ при извѣстныхъ условіяхъ пріобрѣсти [836]) и потерять [837]) владѣніе безъ участія опекуна, что возвратившійся изъ плѣна и возстановленный во всѣхъ своихъ правахъ (ius postliminii) не пріобрѣтаетъ обратно владѣнія [838]), что къ владѣнію непримѣнимо универсальное преемство [839]), или, какъ думали сначала, но что̀ было потомъ измѣнено,—что владѣніе недоступно для юридическихъ лицъ [840]). Изъ этихъ пяти рѣшеній развѣ только

[835]) *Dig.* 41. 2 fr. 1 § 4.
[836]) *Dig.* 41. 2 fr. 1 § 3; ср. fr. 32 § 2.
[837]) *Dig.* 41. 2 fr. 29.
[838]) *Dig.* 4. 6 fr. 19; *Dig.* 49. 15 fr. 12 § 2.
[839]) *Dig.* 47 4 fr. 1 § 15; ср. *Dig.* 41. 2 fr. 23 pr.
[840]) *Dig.* 41. 2 fr. 1 §§ 20. 22, fr. 2.

первое могло бы быть оправдано другимъ образомъ; остальныя же четыре составляютъ выводъ изъ неправильнаго общаго положенія. Было бы капитальною ошибкою слѣдовать въ данномъ случаѣ за римскими юристами и такъ или иначе развивать ихъ положеніе о «фактической природѣ» владѣнія. Какъ скоро оно пользуется правильно-организованною судебною защитою, оно есть право, но только въ отличіе отъ прочихъ правъ, относительное. Съ его относительностью и связываются нѣкоторыя его свойства, которыя были бы неумѣстны въ другихъ правахъ; напр., незаконный обладатель вещи при случаѣ также защищается, какъ владѣлецъ.—На счетъ того же заблужденія римскихъ юристовъ надо отнести ихъ недоразумѣніе по вопросу о юридической конструкціи законнаго и незаконнаго владѣнія. «Многіе», говоритъ Павелъ; «не могутъ одновременно владѣть одною и тою же вещью всецѣло (in solidum); ибо будетъ противъ природы, если признать тебя держащимъ какую-либо вещь, тогда какъ я держу ее. Однако, по мнѣнію Требація, изъ двухъ лицъ одно можетъ владѣть вещью законно, другой же одновременно съ нимъ—незаконно; не могутъ владѣть одновременно оба незаконно, или оба—законно. Лабеонъ опровергаетъ Требація, утверждая, что въ концѣ концовъ безразлично, владѣетъ-ли кто вещью законно или незаконно; и мнѣніе Лабеона наиболѣе правильное. Одно и то же владѣніе не можетъ принадлежать двоимъ по той же самой причинѣ, по которой ты не можешь стоять или сидѣть на томъ самомъ мѣстѣ, на которомъ стою или сижу я» [841]). Вопреки Лабеону и Павлу и общепринятой теперь точкѣ зрѣнія, надо сказать, что Требацій былъ ближе къ истинѣ, нежели его знаменитые товарищи. Законное и незаконное владѣніе суть два различныя права; изъ нихъ второе—болѣе относительное, нежели первое, и потому уступаетъ ему при столкновеніи. Какъ скоро отношеніе стало предметомъ юридической защиты, то право существуетъ до тѣхъ поръ, пока существуетъ искъ, хотя бы фактически теченіе самаго отношенія прервалось; *право* владѣнія существуетъ до тѣхъ поръ,

---

[841]) *Dig.* 41. 2 fr. 3 § 5.

пока обладатель вещи (настоящій или бывшій) имѣетъ владѣльческій интердиктъ, хотя самая вещь попала уже въ чужія руки; *право* законнаго владѣнія существуетъ, хотя вещь находится въ рукахъ незаконнаго владѣльца, который имѣетъ на нее тоже свое право.—Еще одно недоразумѣніе заслуживаетъ указанія. Никому гражданскія права не навязываются противъ его воли, обладаніе каждымъ правомъ предполагаетъ въ обладателѣ—желаніе обладать и то же самое справедливо относительно владѣнія. Если бы владѣніе считалось правомъ наравнѣ съ прочими правами, то эта сторона не потребовала бы особой разработки; но, усматривая въ немъ нѣчто иное, «фактъ», а не право, юристы должны были говорить о желаніи «имѣть вещь для себя» (animus rem sibi habendi), какъ объ особомъ условіи владѣнія. Они разсматривали владѣніе, какъ бы состоящимъ изъ двухъ элементовъ: изъ сказаннаго желанія (animus) и изъ извѣстнаго отношенія владѣльца къ вещи (corpus); но первый элементъ долженъ былъ бы предполагаться самъ собою и только второй подлежалъ точному описанію.

Дальнѣйшее развитіе.

§ 227. Обращаемся теперь къ третьей стадіи развитія института владѣнія. Сюда относится рядъ преобразованій и въ нихъ вновь выразилось съ полною ясностью служебное значеніе защиты владѣнія:

Condictio passessionis.

1. Кто-либо могъ обогатиться по незаконному основанію на счетъ собственника вещи: украсть или отнять у него эту вещь, выманить ее у него угрозою, получить въ уплату по несуществующему долгу; въ этихъ случаяхъ собственникъ имѣлъ противъ нарушителя его права особые *личные* иски (кондикціи стр. 534, a. quod metus causa) и, вчиная ихъ, долженъ былъ, конечно, доказывать предъ судомъ свое право собственности на утраченную вещь. Юристы имперіи, въ дополненіе къ преторскому эдикту, нашли, что истецъ можетъ, по желанію, ограничиться одною ссылкою на свое владѣніе [842]); такимъ образомъ помянутые иски стали средствомъ для защиты владѣнія (Брунсъ). Подобное же существовало при int. de

---

[842]) *Dig.* 13. 3 fr. 2; 47. 2 fr. 25 pr. § 1; 4. 2 fr. 21 § 2; 12. 6 fr. 15 § 1.

precario (стр. 300) можетъ быть, съ самаго его введенія; кто защищалъ свое обладаніе этимъ интердиктомъ, тотъ долженъ былъ доказать только, что имѣлъ владѣніе вещью при установленіи прекарія и имѣетъ таковое при вчинаніи иска.

Производное владѣніе.

2. Можно было обладать вещью, но не владѣть ею; такъ, не владѣли ею повѣренный, поклажеприниматель, наниматель, узуфруктуаръ и вообще имѣющій на нее сервитутное право, закладодержатель и т. д. Это отношеніе къ вещи римскіе юристы называли по большей части держаніемъ вещи (tenere, detinere); его отличіе отъ владѣнія выступало особенно ясно тогда, когда «держатель» открыто признавалъ другое лицо собственникомъ вещи и основывалъ свое «держаніе» на его волѣ (такъ-наз. detentio alieno nomine: закладодержатель, наниматель, узуфруктуаръ и др.) На «держателя», понятно, не распространялось право защищаться владѣльческими интердиктами. Если право держателя нарушалось собственникомъ вещи, то оно охранялось искомъ изъ договора (наемъ и др.), коль скоро основывалось на договорѣ; противъ третьихъ лицъ держатель могъ, должно быть, дѣйствовать въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ искомъ объ обидахъ (a. iniuriarum, ср. § 42).— Однако, съ другой стороны, владѣльческіе интердикты, по существу своему, не были неразрывно связаны съ правомъ собственности. Видимостью обладало каждое право и опереться на видимость при его защитѣ представляло интересъ для каждаго правообладателя; и, какъ мы видѣли, эта идея раздѣлялась юристами уже довольно рано (§ 224, стр. 556 сл.). И вотъ она дѣлаетъ дальнѣйшіе успѣхи; защита владѣнія отрѣшается отъ своей первоначальной связи съ собственностью и переносится, въ качествѣ вспомогательнаго средства, на нѣкоторыхъ изъ держателей отъ чужаго имени. Юристы II и III вѣка свидѣтельствуютъ о немногихъ случаяхъ этого рода. Такъ, при закладѣ вещи закладодатель продолжалъ считаться владѣльцемъ ея въ интересахъ давности; напротивъ владѣльческіе интердикты передавались вмѣстѣ съ вещью въ руки закладодержателя [843]): онъ держалъ вещь въ своихъ рукахъ,

[843]) *Dig.* 41. 3 fr. 16; 41. 2 fr. 1 § 15, fr. 36, fr. 40; 13. 7 fr. 35 § 1, fr. 37.

она служила ему обезпеченіемъ его долговаго права,—ему и удобнѣе, и выгоднѣе было заботиться объ охранѣ владѣнія. За тѣмъ, кто получалъ вещь въ прекарное пользованіе, юристы тоже были склонны признавать владѣніе, но при какихъ именно условіяхъ—изъ источниковъ не вполнѣ ясно; повидимому бóльшій или мéньшій размѣръ предоставленнаго пользованія опредѣлялъ положеніе прекариста какъ владѣльца или не владѣльца [844]). Наконецъ право владѣнія переносилось на поклажепринимателя, когда въ поклажѣ заключался секвестръ вещи, т.-е. вещь вручалась на время судебнаго спора о ней постороннему лицу [845]).

Iuris quasi-possessio.

3. Переносъ права владѣнія на не-собственника, какъ это было въ трехъ, только-что изложенныхъ случаяхъ, представлялъ ту невыгоду, что самъ собственникъ лишался этого права. Между тѣмъ часто существовала необходимость, не отнимая права владѣнія у собственника, даровать держателю его вещи, напр., узуфруктуарію, средство защиты, которое дополняло бы его главный искъ такъ же, какъ владѣльческій интердиктъ дополнялъ собою искъ о собственности. Эдиктъ и юристы временъ имперіи осуществили часть этой задачи—примѣненіемъ къ защитѣ сервитутовъ пути и воды (стр. 134 сл.) интердиктовъ de itinere actuque privato [846]), de aqua [847]), de fonte и de fonte reficiendo [848]), распространеніемъ интердикта uti possidetis на нѣкоторые изъ городскихъ сервитутовъ (Лабеонъ) [849])

---

844) *Dig.* 41. 2 fr. 10 § 1; 43. 26 fr. 2 § 3, fr. 4 § 1, fr. 6 § 2.

845) *Dig.* 16. 3 fr. 17 § 1; ср. 41. 2 fr. 39.

846) *Dig.* 43. 19. Praetor ait: «Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.»

847) *Dig.* 43. 20. Praetor ait: «Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.»

848) *Dig.* 43. 22. Praetor ait: «Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.» ...Deinde ait praetor: «Quo minus fontem, quo de agitur, purges reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, vim fieri veto.»

849) *Dig.* 43. 17 fr. 3 § 6.

и на узуфруктъ (Ульпіанъ) [850]) и интердикта unde vi — на узуфруктъ (Ульпіанъ) [851]). Чтобы получить эти интердикты, надо было «владѣть» соотвѣтствующимъ сервитутомъ (iuris quasi possessio), т. е., выражая явную претензію пользоваться вещью по праву [852]), занимать относительно нея (въ продолженіи нѣкотораго времени) такое положеніе, которое принадлежитъ обыкновенно законному обладателю сервитута [853]). Средневѣковой юриспруденціи предстояло двинуть далѣе этотъ важный институтъ.

III. Судебная защита давностнаго владѣнія [854]).

Распространеніе Публиціева иска.

§ 228. Какъ видно изъ предшествующаго изложенія, собственникъ могъ для облегченія своей защиты или ссылаться на пріобрѣтеніе своего права давностью, или же, вовсе не ссылаясь на свое право, выступать предъ судомъ просто какъ владѣлецъ и защищаться интердиктами. — Въ имперіи преторъ открылъ еще третій путь, который, по значенію своему, занялъ среднее мѣсто между только-что названными. Именно, въ видахъ облегченія судебнаго положенія собственника, онъ расширилъ дѣйствіе Публиціева иска (стр. 342), который, какъ мы предположили, былъ назначенъ сначала для защиты бонитарнаго «обладанія» (habere in bonis) противъ квиритскаго собственника и третьихъ лицъ.

Теперь Публиціевъ искъ давался тому, кто отыскивалъ судомъ вещь, которую онъ получилъ на законномъ основаніи *не отъ собственника* и которую не успѣлъ еще пріобрѣсти давностью [855]).

Слова эдикта «не отъ собственника» показывали, что въ этомъ случаѣ не требовалось отъ истца, чтобы онъ доказы-

850) *Dig.* 43. 17 fr. 4.
851) *Dig.* 43. 16 fr. 3 §§ 13—17; fr. 9 § 1; fr. 10 Гай.
852) *Dig.* 8. 6 fr. 25.
853) *Dig.* 8. 1 fr. 20.
854) *Dig.* 6. 2. *Brinz*, Zum Rechte der bonae fidei possessio, 1875.
855) *Dig.* 6. 2 fr. 1 pr. Ait praetor: «Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.»

валъ, что передавшій вещь былъ самъ собственникомъ ея; для полученія иска достаточно было сослаться на свое положеніе, какъ давностнаго владѣльца, т. е. обнаружить въ своемъ лицѣ всѣ условія, которыя были указаны для пріобрѣтенія права собственности (законный способъ пріобрѣтенія, добросовѣстное владѣніе, способность вещи быть пріобрѣтенною по давности), кромѣ одного—истеченія давностнаго срока; наличность этого послѣдняго условія обязательно предполагалась въ силу той фикціи, которая входила въ составъ Публиціева иска (стр. 343).

Искомъ могли воспользоваться какъ собственникъ, такъ и не-собственникъ вещи; когда искъ этого послѣдняго направлялся противъ дѣйствительнаго собственника, то отвѣтчикъ получалъ эксцепцію — e. iusti dominii (стр. 384); при столкновеніи двухъ давностныхъ владѣльцевъ Ульпіанъ указывалъ предпочесть владѣльца, старшаго по времени,—если оба пріобрѣли вещь отъ одного лица, и наличнаго владѣльца,—если пріобрѣтеніе было сдѣлано ими отъ разныхъ лицъ [856]).

И здѣсь, какъ и въ ученіи о давности (§ 220), сказалась тенденція придать юридическое значеніе путативному титулу [857]).

Въ рядѣ исковъ, гдѣ сначала отъ истца требовалось доказываніе права собственности, теперь достаточно было ограничиться доказательствомъ давностнаго владѣнія; сюда принадлежали: a. communi dividundo, a. furti, a. legis Aquiliae и нѣкоторыя др. Давностное владѣніе, бывшее сколкомъ съ бонитарнаго обладанія, вообще уподобилось собственности; такъ, напр., подобно собственнику, давностный владѣлецъ пріобрѣталъ плоды въ моментъ отдѣленія ихъ (separatio).

Сознавая, очевидно, вспомогательное значеніе Публиціева иска, Павелъ распространялъ его дѣйствіе за предѣлы права собственности. Залогодержатель [858]), обладатель суперфиція [859]) и эмфитевзиса [860]) могли, по его мнѣнію, защищаться этимъ

856) *Dig*. 6. 2 fr. 9 § 4.

857) *Dig*. 6. 2 fr. 13 § 2 (Гай); fr. 7 § 2 (Марцеллъ); fr. 5 (Ульп.); fr. 7 § 4 (Ульп.).

858) *Dig*. 20. 1 fr. 18 (Павелъ).

859) *Dig*. 6. 2 fr. 12 § 3 (Павелъ).

860) *Dig*. 6. 2 fr. 12 § 2 (Павелъ).

искомъ и такимъ образомъ освобождались отъ необходимости доказывать на судѣ, что право ихъ установлено собственникомъ. Съ достаточною смѣлостью идея вспомогательнаго иска была отрѣшена въ этомъ случаѣ отъ его первоначальной формы: ни одно изъ названныхъ правъ не пріобрѣталось по давности и, стало быть, фикція истекшей давности, которая характеризовала собою Публиціевъ искъ, строго говоря была относительно нихъ не у мѣста. — Нѣтъ никакихъ указаній на то, чтобы Публиціева форма была распространена на негаторную защиту собственности (a. negatoria) и на защиту сервитутовъ; впрочемъ изъ одного свидѣтельства Ульпіана видно, что въ отношеніи сервитутовъ допускалась идея бонитарнаго обладанія [861]).

Результаты. § 229. Важные результаты этой главы могутъ быть выражены въ немногихъ словахъ.

Чтобы облегчить положеніе собственника, право признало въ давности способъ пріобрѣтенія права собственности и предписало судебную защиту владѣнія вообще и давностнаго владѣнія въ особенности. Послѣдніе два средства были распространены въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ и на права въ чужой вещи (iura in re aliena).

Такимъ образомъ рядомъ съ основными вещными правами (собственность, сервитуты и т. д.) образовались служебныя права: владѣніе (законное и незаконное) и давностное владѣніе. Какъ служебныя, они имѣли значеніе условное: при столкновеніи съ основнымъ правомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ они рано или поздно уступали этому послѣднему. Однако они были конструированы такъ, что въ иномъ случаѣ могли сослужить службу также не-собственнику и не дѣйствительному обладателю сервитута и т. д.; отсюда *догматически* служебныя права получили характеръ самостоятельныхъ правъ.

---

[861]) *Dig.* 6. 2 fr. 11 § 1.

XXI.

Самоуправство, месть и формализмъ въ правѣ императорскаго времени.

I. Самоуправство и месть.

§ 230. Самоуправство (гл. III), месть (гл. IV) и формализмъ (гл. VI) характеризовали собою старое право. Какъ подъ вліяніемъ новыхъ условій пало ихъ господство — послѣ всего уже сказаннаго распространяться почти не зачѣмъ. Но надобно отмѣтить, что это паденіе не было безусловнымъ; здѣсь и тамъ держались остатки старыхъ началъ и,—что̀ всего важнѣе,—среди новыхъ условій существовало достаточно основаній для того, чтобы въ нѣкоторой степени сохранить ихъ и даже сообщить имъ новый толчокъ къ развитію.—Начнемъ съ самоуправства [862]). Въ operis novi nuntiatio (§ 31) мы знаемъ довольно характерный остатокъ самоуправства въ позднѣйшемъ правѣ. Такой же остатокъ мы найдемъ въ порядкѣ, которымъ исполнялось судебное рѣшеніе во времена формулярнаго судопроизводства. Только въ крайнемъ случаѣ преторъ вмѣшивался въ это дѣло чрезъ посредство своихъ ликторовъ; обыкновенно же онъ уполномочивалъ истца самого принять нужныя мѣры, какъ-то: завладѣть личностью дитяти, раба (duci iubere), вступить во владѣніе имуществомъ неисправнаго должника (bona possideri iubere; immissio in bona), отнять у него присужденную вещь (напр., при интердиктѣ utrubi). Уполномочіе выражалось въ томъ, что противной сторонѣ запрещалось сопротивленіе этому акту самоуправства — запрети-

Самоуправство.

862) *Іерингъ*, I, § 11c.

тельнымъ интердиктомъ (int. prohibitoria; vim fieri veto и т. п.) и дѣйствіе этого интердикта обезпечивалось угрозою наказанія. — Если собственникъ отнималъ у владѣльца свою вещь, вмѣсто того чтобы искать ее по суду, если кредиторъ вырывалъ у должника силою задолженную вещь, то ихъ не постигало никакое наказаніе, хотя, конечно, владѣлецъ и должникъ могли воспользоваться владѣльческими интердиктами. Кто угрозою принудилъ своего должника къ уплатѣ долга, тотъ не подлежалъ дѣйствію иска о принужденіи (a. quod metus causa). Съ конца республики правительство выступало болѣе рѣшительно противъ самоуправства. Насилія вообще стали предметомъ уголовныхъ наказаній со времени законовъ Юлія Цезаря (leges Iuliae) [863]); во II столѣтіи по Р. Х. имп. Маркъ Аврелій издалъ декретъ (decretum divi Marci) [864]), которымъ наказывался потерею своихъ (кредиторскихъ) правъ тотъ кредиторъ, который своевольно отбиралъ у должника что-либо въ удовлетвореніе по долгу; отнятое же возвращалось должнику. Императоры вообще не разъ высказывались противъ насилія, своевольства и самоуправства. Однако для примѣненія этого послѣдняго все же оставалось поле въ области владѣльческихъ отношеній. Не существовало разумнаго основанія отказать вовсе въ самоуправствѣ собственникамъ-владѣльцамъ (ср. стр. 553) — но вопросъ, въ какихъ предѣлахъ оно допускалось при классическихъ юристахъ, долженъ остаться открытымъ [865]).

Самоуправство, исходя отъ отдѣльныхъ гражданъ, выражало собою нѣкоторую нераздѣленность государственнаго и личнаго начала; какъ бы въ параллель ему такая же нераздѣленность выражалась со стороны самихъ представителей государственно-судебной власти. Ничего особеннаго нельзя еще усматривать въ томъ обстоятельствѣ, что магистратъ, не имѣя возможности завѣдывать лично судомъ на всемъ протяженіи ввѣренной ему области, назначалъ взамѣнъ себя особыхъ замѣсти-

---

863) *Dig.* 48. 6; 48. 7.

864) *Dig.* 4. 2 fr. 13; 48. 7 fr. 7.

865) *Wendt*, Das Faustrecht etc. въ Iahrbücher Ihering'a, XXI (1883).

телей, которымъ передавалъ свою судебную власть (iurisdictio, imperium mixtum, надзоръ надъ опекунами) [866]); но весьма характерно, что такая передача разсматривалась какъ мандатъ (mandatum) и что на нее переносились свойства мандата, какъ договора гражданскаго; такъ, со смертью магистрата, прекращались полномочія и его замѣстителя. Полномочія, которыя магистратъ имѣлъ въ силу особыхъ законовъ и сенатусконсультовъ, не подлежали передачѣ; стало-быть замѣститель не считался вполнѣ оффиціальнымъ представителемъ магистрата и выполнялъ по преимуществу лишь тѣ изъ его функцій, которыя установились помимо прямыхъ полномочій отъ законодателя и народа. Можно было бы подумать, что въ судебной сферѣ въ магистратѣ все еще видѣли какъ бы третейскаго судью, который въ подлежащихъ случаяхъ рекомендовалъ за себя другое лицо.— Третейскій порядокъ высказывался, дѣйствительно, при назначеніи обыкновенныхъ судей (iudices и др.); оно предоставлялось соглашенію самихъ тяжущихся и только при отсутствіи такого соглашенія дѣйствовали другіе способы назначенія. Въ этомъ пунктѣ, какъ и во многихъ другихъ, удержаніе стараго порядка только помогало успѣшному ходу правосудія.

Месть.

§ 231. Остатки мести встрѣчаются въ императорское время точно такъ же, какъ и остатки самоуправства. Конечно, наиболѣе грубыя проявленія мести пали уже потому, что въ нихъ скрывалось самоуправство. Ранѣе всего исчезло, вѣроятно, ius talionis (стр. 93); однако право убить ночнаго вора, равно какъ и дневнаго, если онъ защищался вооруженною рукою, было извѣстно еще Павлу, который впрочемъ не совѣтывалъ пользоваться этимъ правомъ, рекомендуя представлять такихъ воровъ суду государственной власти. Но этотъ остатокъ самоуправства представлялъ исключительное явленіе. Преторскій эдиктъ установилъ денежный штрафъ (quadruplum) за furtum manifestum (стр. 96) и prohibitum (§ 40 i. f.) и точно такъ же преторъ обратилъ денежное взысканіе въ общее средство наказанія за всякаго рода iniuria, включая сюда и увѣчья. Устарѣлая такса XII таблицъ была отмѣнена и оцѣнка оскорб-

---

[866]) *Dig.* 1. 21.

леній (въ широкомъ смыслѣ) происходила въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ особо, по указанію сторонъ и усмотрѣнію претора и по соображеніи всѣхъ относящихся къ данному дѣлу обстоятельствъ.—То обстоятельство, что чувство раздраженія все болѣе и болѣе переставало служить критеріемъ при опредѣленіи мѣры взысканія за нарушенія правъ (ср. § 87) привело къ полному преобразованію самаго понятія деликта; злоумышленность преступника стала въ этой области опредѣляющимъ признакомъ и критеріемъ. Въ эпоху классической юриспруденціи высказывалось какъ нѣчто безспорное, то положеніе, что деликтъ не происходитъ безъ умысла (dolus malus); только злоумышленное дѣйствіе составляетъ деликтъ. На этомъ основаніи за деликтъ не несли наказанія сумасшедшіе, малолѣтніе ниже 7 лѣтъ (infantes) и тѣ изъ малолѣтнихъ отъ 7 до 14-лѣтняго возраста, которыхъ по степени ихъ развитія должно было уравнять съ предшествующею категоріею (impuberes infantiae proximi). Однако не сразу проникло въ практику новое начало; и чѣмъ болѣе вникали въ него юристы, тѣмъ страннѣе должны были казаться имъ постановленія стараго права о деликтахъ. Гай приводитъ еще старое раздѣленіе воровства (furtum) на четыре вида: f. manifestum, nec manifestum, conceptum и oblatum, но, опираясь на авторитетъ Лабеона (стр. 466), не соглашается признать за воровство два послѣдніе вида, усматривая въ нихъ лишь особые случаи распространенія *иска* о воровствѣ за его нормальные предѣлы: вѣдь при furtum conceptum и oblatum можетъ быть наказано невиновное лицо. Ко времени Юстиніана иски furti concepti, oblati и prohibiti замѣнились чрезъ a. furti manifesti въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтственности по нимъ подлежалъ дѣйствительный злоумышленникъ; такимъ образомъ и на эти случаи распространилось дѣйствіе новаго начала, чего еще не было при Гаѣ.—Достойно вниманія еще одно проявленіе недовѣрчиваго отношенія Гая къ старымъ постановленіямъ. Изложивъ постановленія касательно furtum prohibitum, которое, какъ извѣстно, приравнивалось по значенію своему къ f. manifestum, Гай продолжаетъ: «на этомъ основаніи нѣкоторые утверждаютъ, что furtum м. б. manifes-

tum или по закону, или по существу самаго поступка. Именно по закону за f. manifestum считается f. prohibitum, по существу же—самое f. manifestum. Но было бы справедливѣе признавать f. manifestum только по существу, ибо законъ не можетъ сдѣлать воромъ manifestus того, кто не таковъ, точно такъ же какъ онъ вообще не можетъ сдѣлать воромъ того, кто не воръ, прелюбодѣемъ или убійцей того, кто не прелюбодѣй и не убійца. Но законъ можетъ постановить, что кто-либо наказывается, какъ воръ, прелюбодѣй или убійца, хотя бы и не былъ таковымъ на самомъ дѣлѣ». Гай не рѣшился признать преступникомъ не злоумышленника, но вмѣстѣ съ тѣмъ не рѣшился отвергнуть окончательно и старыхъ постановленій, которыя противорѣчатъ воззрѣнію, имъ выраженному.—Далѣе раздѣленіе furtum на manifestum и nec manifestum не было отвергнуто даже при Юстиніанѣ; старый критерій сохранилъ въ этомъ случаѣ свою прежнюю силу. Но онъ все таки былъ подорванъ еще преторомъ, который установилъ особый искъ противъ разбойниковъ (a. vi bonorum raptorum) со штрафомъ quadruplum (который потомъ былъ перетолкованъ въ штрафъ tripli); по старому праву, разбой относился къ f. nec manifestum. Разбой (rapina) образовалъ новое преступленіе въ ряду другихъ,—основанное на особенностяхъ преступника, а не пострадавшаго. Разбойникъ казался опаснѣе обыкновеннаго вора и составители юстиніановыхъ институцій не скрыли своего удивленія по тому поводу, что разбойникъ наказывается все таки слабѣе, чѣмъ fur manifestus.

Градація правонарушеній.

§ 232. Не безъинтересно прослѣдить, какая градація правонарушеній обнаружилась съ замѣной стараго критерія—мести, новымъ—соображеніемъ со степенью виновности правонарушителя. Мы знаемъ (§ 87), что первый шагъ въ этомъ отношеніи состоялъ въ томъ, что добросовѣстнаго владѣльца стали трактовать особо отъ вора. Сознавъ, что добросовѣстный владѣлецъ виноватъ *меньше*, нежели воръ, юристы ограничили его отвѣтственность обязанностью возвратить вещь собственнику (стр. 102) съ наличными плодами (стр. 248) и потомъ еще смягчили эту отвѣтственность тѣмъ, что возвращали владѣльцу почти всѣ издержки, сдѣланныя имъ для вещи (стр. 510).

дойти до той мысли, до которой дошло современное намъ торговое право [867]),—что добросовѣстный владѣлецъ, по крайней мѣрѣ при наличности извѣстныхъ условій, *не виноватъ вовсе*, римскіе юристы сначала не имѣли поводовъ, а потомъ, не смотря на большое развитіе своего торговаго оборота, все таки не могли; эгоизмъ собственниковъ, воспитанный старымъ порядкомъ, не уступалъ быстро въ борьбѣ съ нимъ (ср. стр. 455). Но такъ или иначе добросовѣстное владѣніе чужою вещью служило типомъ той группы правонарушеній, въ которой виновность казалась наименьшею и отвѣтственность назначалась въ слабѣйшей степени. Добросовѣстному владѣльцу ставился какъ бы въ укоръ его недосмотръ: онъ не досмотрѣлъ, что пріобрѣтаетъ вещь отъ несобственника и потому долженъ потерять ее. Эта необходимость разстаться съ пріобрѣтеннымъ, не смотря на право потребовать вознагражденіе съ того, отъ кого вещь получена (§ 120), была все же неудобствомъ, невыгодой и потому—взысканіемъ за провинность.—Въ области обязательствъ тоже встрѣчались случаи, когда виновность правонарушителя (неисправнаго должника) представлялась наименьшею; въ этихъ случаяхъ отвѣтственность ограничивалась вознагражденіемъ кредитора въ размѣрѣ только рыночной цѣны потеряннаго, безъ вниманія къ какимъ-либо индивидуальнымъ условіямъ (ср. § 204). Такъ было именно въ

---

[867]) Въ новѣйшемъ торговомъ правѣ сказывается тенденція къ новому, сравнительно съ римскимъ, порядку. Кто торговымъ способомъ (напр., куплею въ лавкѣ) пріобрѣтаетъ добросовѣстно вещь, тотъ немедленно, eo ipso, становится ея собственникомъ даже въ томъ случаѣ, если вещь была продана и передана ему не-собственникомъ. Несправедливо требовать отъ пріобрѣтателей безусловной осмотрительности и осторожности; нахожденіе вещи на рынкѣ, въ качествѣ продажнаго товара, достаточно уполномочиваетъ на пріобрѣтеніе ея. И какимъ способомъ покупатель могъ бы удостовѣриться въ томъ, что купецъ, публично продающій свой товаръ, — дѣйствительный собственникъ его? Никакого справедливаго укора нельзя сдѣлать въ этомъ случаѣ добросовѣстному пріобрѣтателю и потому должно оградить его отъ всякой отвѣтственности за владѣніе чужою вещью; и вотъ право погашаетъ навсегда виндикацію прежняго собственника и утверждаетъ собственность за добросовѣстнымъ владѣльцемъ.

нѣкоторыхъ случаяхъ, когда должникъ принималъ на себя обязательство не столько по своей волѣ, сколько по волѣ другаго лица, и не могъ исполнить этого обязательства не столько по своей нерадивости, сколько по независящимъ отъ него причинамъ. Если завѣщатель отказалъ кому-нибудь чужую вещь, зная, что она чужая, и наслѣдникъ встрѣтилъ препятствія въ пріобрѣтеніи этой вещи для легатарія, то ему дозволялось ограничиться уплатою этому послѣднему рыночной стоимости вещи [868]). Если одна и та же вещь была отказана многимъ лицамъ, то одинъ изъ нихъ получалъ самую вещь, другіе же удовлетворялись по рыночной цѣнѣ ея [869]). Когда вещь была продана кому-нибудь по распоряженію судьи, тогда въ случаѣ наступленія отвѣтственности по эвикціи продавецъ отдѣлывался возвращеніемъ цѣны вещи по рыночной стоимости ея [870]). Не однороденъ съ приведенными случаями, но близко къ нимъ стоитъ и слѣдующій: если наслѣдникъ, не зная, что вещь отказана кому-нибудь, употребилъ ее на похороны покойнаго наслѣдодателя, то онъ обязывался уплатить легатарію только рыночную цѣну ея [871]).

Отъ добросовѣстнаго владѣльца чужой вещи и другихъ перечисленныхъ правонарушителей отличался *степенью своей виновности* вообще неисправный должникъ по обязательству. Онъ отвѣчалъ, если обязательство стало неисполнимо по его нерадѣнію (culpa § 207); онъ отвѣчалъ также за простую просрочку (mora) въ уплатѣ своего долга. Просрочившій должникъ заслуживалъ укора въ своего рода непредусмотрительности, легкомысліи, неосторожности и притомъ болѣе, чѣмъ добросовѣстный владѣлецъ (стр. 199). — Взысканіе съ неисправнаго должника опредѣлялось по индивидуальной оцѣнкѣ долга,—оцѣнкѣ, вообще болѣе строгой и тяжкой, нежели оцѣнка по рыночной стоимости (§ 204). Широкія полномочія, которыя были предоставлены судьѣ въ этомъ случаѣ, давали

[868]) *Dig.* 32 fr. 14 § 2; 30 fr. 71 § 3; ср. 40, 5 fr. 31 § 4.
[869]) *Dig.* 30 fr. 33; 32 fr. 20; 30 fr. 36 § 3.
[870]) *Dig.* 21. 2 fr. 74 § 1.
[871]) *Dig.* 31 fr. 63.

ему возможность приближать степень отвѣтственности къ степени виновности.

Правонарушитель былъ еще *виновнѣе*, когда въ его дѣйствіяхъ замѣчалась недобросовѣстность (mala fides) или злоумышленность (dolus malus). Въ иныхъ случаяхъ юридическая норма опредѣляла особыя, относительно тяжелыя послѣдствія такой виновности (такъ, при недобросовѣстномъ владѣніи чужою вещью); въ другихъ — эти послѣдствія опредѣлялись судьею, который имѣлъ наиболѣе полномочій относительно злоумышленнаго отвѣтчика (ср. iuramentum in litem. стр. 501). Часто, кромѣ вознагражденія за вредъ, здѣсь слѣдовало особое взысканіе, которое имѣло характеръ наказанія (напр., штрафъ по a. quod metus causa).

Такимъ образомъ простое гражданское правонарушеніе переходило въ уголовное преступленіе. Преступленіе (деликтъ) представляло высшую ступень правонарушенія и граница, которая отдѣляла его отъ прочихъ видовъ этого послѣдняго была условна и подвижна. Съ конца республики народилось сознаніе того, что преступленіе и наказаніе—вообще ближе къ публичному, нежели къ гражданскому праву. Публичное уголовное право получило особенное развитіе, и въ области, гдѣ прежде дѣйствовала по преимуществу частная инпціатива, теперь въ той или другой степени выдвинулось впередъ публичное обвиненіе. По мѣрѣ усложненія занятій, расширенія территоріи и увеличенія средствъ передвиженія для частныхъ лицъ становилось все болѣе и болѣе тягостно и затруднительно самоличное преслѣдованіе нарушителей ихъ безопасности и спокойствія. Съ другой стороны, по мѣрѣ развитія общественности, болѣе и болѣе чувствовали непосредственный и посредственный общественный вредъ отъ преступленій противъ частныхъ лицъ. Публично-уголовное преслѣдованіе избавляло отдѣльныхъ гражданъ отъ необходимости вѣдаться самолично съ преступниками и гарантировало наступленіе судебнаго преслѣдованія въ наибольшемъ числѣ случаевъ. — Таково именно значеніе сказаннаго историческаго процесса. Было бы ошибкою полагать, что онъ клонился къ какому-либо принципіальному разграниченію уголовнаго преступленія и простаго (граж-

данскаго) правонарушенія, что *различный критерій опредѣлялъ юридическія послѣдствія тѣхъ или другихъ;* все разграниченіе основывалось исключительно на томъ фактѣ, что одни правонарушенія казались опаснѣе для государства и общества и потому ихъ преслѣдовала государственная власть, преслѣдованіе же другихъ оставлялось на усмотрѣніе частныхъ лицъ. Что же касается до критерія, которымъ опредѣлялась отвѣтственность правонарушителя, то въ обѣихъ областяхъ онъ былъ однороденъ и *состоялъ въ его виновности.*

II. Формализмъ новаго происхожденія.

Новые источники формализма.

§ 233. Помимо остатковъ стараго формализма, индивидуализмъ, съ широкимъ развитіемъ котораго мы уже знакомы (гл. XX), находилъ себѣ ограниченіе въ формализмѣ *новаго* происхожденія. Такъ, мы встрѣчаемъ нѣкоторую обязательную форму совершенія юридическихъ актовъ:

вопервыхъ, въ интересахъ государственнаго контроля надъ дѣятельностью частныхъ лицъ и въ видахъ затрудненія свободнаго совершенія нѣкоторыхъ сдѣлокъ; такъ, напр., дареніе подлежало предъявленію въ судъ для засвидѣтельствованія (стр. 400);

вовторыхъ, въ интересахъ успѣшнаго отправленія правосудія; обязательныя формальности облегчаютъ суду распознаваніе юридическихъ актовъ, содѣйствуютъ доказыванію акта предъ судомъ и потому въ особо важныхъ случаяхъ требовалось, чтобы акты облекались въ нѣкоторую форму, напр., чтобы сдѣлка была изложена письменно, чтобы при совершеніи ея были свидѣтели;

втретьихъ, то же самое могло требоваться въ тѣхъ видахъ, чтобы побудить совершающаго сдѣлку къ большей обдуманности его распоряженій и чтобы оградить его отъ какихъ либо невыгодныхъ для него вліяній со стороны третьихъ, заинтересованныхъ лицъ; такой смыслъ имѣли формальности завѣщанія;

вчетвертыхъ, формализмъ могъ служить интересамъ, которые мы назовемъ интересами гражданскаго оборота. Формаль-

ный характеръ акта обезпечивалъ его относительную безспорность: менѣе могло быть спора объ его существованіи, объ его смыслѣ; частныя лица въ своихъ разсчетахъ и дѣйствіяхъ могутъ опираться на такіе акты болѣе твердо, нежели на неформальныя: гражданскому обороту формализмъ обезпечиваетъ, стало-быть, твердость и увѣренность. Вотъ почему, чѣмъ развитѣе оборотъ, тѣмъ болѣе онъ нуждается въ формальныхъ сдѣлкахъ. Такую роль играла въ Римѣ стипуляція. Юристы настаивали на строгомъ соблюденіи стипуляціонной формы. По Цельзу, умолчанное въ стипуляціи должно почитаться какъ бы вовсе опущеннымъ [872]) и, по Павлу, только въ рѣдкихъ случаяхъ въ стипуляціи подразумѣвается что-либо, не высказанное въ ней открыто, напр., срокъ или условіе, вытекающія изъ самаго смысла стипуляціи [873]). Если, съ другой стороны, имп. Антонинъ Пій (ок. 150 г.) высказалъ ту мысль, что опущенія, которыя стороны могли сдѣлать въ торжественныхъ актахъ, не должно поставлять имъ въ вину, какъ скоро то случилось не по нерадѣнію (culpa), а по какой-нибудь другой причинѣ, — то это постановленіе имѣло довольно исключительное значеніе, относясь по преимуществу къ судопроизводственнымъ актамъ; само оно начиналось словами, которыя признавали, какъ основное правило, что «въ торжественныхъ актахъ ничто не должно служить предметомъ легкихъ измѣненій» [874]).

Сравненіе стараго и новаго формализма.

§ 234. Изъ приведеннаго обнаруживается различіе стараго и новаго формализма. Старый—былъ порожденъ самымъ характеромъ юридическаго мышленія, новый—вытекалъ изъ опредѣленныхъ практическихъ потребностей. Четыре категоріи такихъ потребностей указаны въ предшествующемъ параграфѣ.— Кромѣ этого различія по происхожденію, существенныя различія мы находимъ въ самыхъ проявленіяхъ формализма:

1. Старый формализмъ облекалъ юридическіе акты въ цѣльную и притомъ торжественную обязательную форму, новый—

---

872) *Dig*. 45. 1 fr. 99 pr.

873) *Dig*. 45. 1 fr. 126 § 2 i. f.

874) *Dig*. 4. 1 fr. 7.

состоялъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ изъ нѣкоторыхъ обязательныхъ формальностей, совершаемыхъ обыкновенно безъ особой торжественности. Эти формальности ограничивались областью, имъ предназначенною, и совмѣщались, въ остальныхъ частяхъ акта, съ неформальнымъ его совершеніемъ. Какъ и въ старое время (ср. стр. 142 сл.), только при точномъ соблюденіи предписанной формы (формальностей), актъ велъ къ присвоеннымъ ему юридическимъ послѣдствіямъ; но, въ отличіе отъ стараго, соблюденіе формы не вело *непремѣнно* къ предустановленнымъ послѣдствіямъ: допускалась, въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ, отговорка заинтересованной стороны съ ссылкою на принужденіе, обманъ и ошибку. Въ этомъ отношеніи и формальные, и неформальные акты новаго права занимали одинаковое положеніе: въ равной степени они подлежали отмѣнѣ, какъ скоро обнаружились принужденіе, обманъ или ошибка.

Однако былъ предѣлъ, далѣе котораго не шло вліяніе названныхъ обстоятельствъ какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ. Этотъ предѣлъ обусловливался интересами гражданскаго оборота. Кто-либо входилъ въ сдѣлку по принужденію или обману; для него была выгодна отмѣна такой сдѣлки, но не такъ—для третьихъ лицъ, которыя успѣли пріобрѣсти что-либо по ней, ничего не зная ни о принужденіи, ни объ обманѣ (ср. стр. 356). Или кто-нибудь вступалъ въ сдѣлку по собственной ошибкѣ; отмѣна такой сдѣлки противорѣчила интересамъ его контрагента. Итакъ интересы контрагента и третьихъ лицъ или интересы гражданскаго оборота могли требовать, чтобы актъ, совершенный однажды установленнымъ порядкомъ (безъ различія формальныхъ и неформальныхъ актовъ), оцѣнивался юридически по объективному критерію, безъ отношенія къ субъективнымъ обстоятельствамъ. Такую оцѣнку мы называемъ *объективною*.

2. Въ старомъ правѣ формализмъ велъ къ тому, что смыслъ каждой произнесенной формулы толковался по непосредственному, общепринятому смыслу словъ (стр. 143). Въ новомъ правѣ, когда хотѣли остаться формалистами, ограничивались тѣмъ, что воспроизводили только тѣ мысли, которыя были

прямо выражены контрагентами въ ихъ сдѣлкѣ, не подразумѣвая въ ней ничего или почти ничего сверхъ того, что было выражено прямо (стр. 582). Но далѣе смыслъ каждой произнесенной формулы,—безъ различія сдѣлокъ формальныхъ и неформальныхъ,—истолковывался не по общепринятому смыслу словъ, но по тому смыслу, который имѣли въ виду сами стороны въ каждомъ данномъ случаѣ. Общепринятый смыслъ словъ служилъ только вспомогательнымъ средствомъ интерпретаціи: онъ предполагался, пока противное не было обнаружено.

Несмотря однако на весь индивидуализмъ толкованія, и въ этой области нашла свое примѣненіе объективная оцѣнка. Если, съ одной стороны, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ слѣдовало открыть данный смыслъ сдѣлки, то, съ другой, — какъ скоро рѣчь шла о смыслѣ *договора*, онъ подлежалъ опредѣленію только въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ обѣ договорившіяся стороны одинаково могли и должны были сознавать его (стр. 352). Стало быть, смыслъ договоровъ опредѣлялся по нѣкоторой *объективной* мѣркѣ; ссылка на обстоятельства, которыя сторона имѣла въ виду при своемъ вступленіи въ договоръ, принималась лишь настолько, насколько она выразила ихъ открыто въ самомъ договорѣ. Для этой послѣдней цѣли служило то, что вносилось въ сдѣлку по произволу (voluntaria negotii) и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ могло быть и не быть. Срокъ (dies), условіе (conditio) и способъ (modus) служили типичными формами, въ которыя выливалось, по бо̀льшей части, такое произвольное содержимое сдѣлокъ. Подъ срокомъ разумѣлось поставленіе юридическихъ послѣдствій сдѣлки въ ту или иную зависимость отъ даннаго момента времени; подъ условіемъ —поставленіе ихъ въ зависимость отъ даннаго, объективно-неизвѣстнаго и будущаго событія изъ числа тѣхъ, которыя не разумѣлись сами собой, какъ необходимая юридическая часть данной сдѣлки. Подъ способомъ—указаніе относительно способа, коимъ пріобрѣтающій по сдѣлкѣ долженъ пользоваться своимъ правомъ. Эти три формы выросли въ практикѣ сдѣлокъ новаго права; старому праву онѣ были вовсе неизвѣстны. Ихъ постепенное историческое развитіе скрыто источниками; ихъ окончательная разработка была дана

только литературою нашего столѣтія. Замѣтимъ здѣсь слѣдующее объ ихъ практическомъ значеніи. Возможность внести въ сдѣлку произвольныя опредѣленія, въ видѣ срока, условія или способа, служила къ вящей индивидуализаціи сдѣлки и расширяла свободу сторонъ при ея заключеніи: кто, напр., вступаетъ въ сдѣлку *ради извѣстной цѣли,* тотъ почувствуетъ себя наиболѣе свободнымъ именно тогда, когда онъ можетъ обозначить эту цѣль въ самой сдѣлкѣ, нежели тогда, когда онъ принужденъ, не смотря ни на что, договариваться лишь въ безусловной формѣ, не имѣя возможности ни подъ какимъ видомъ отвязаться отъ обязательствъ, однажды принятыхъ. Потому неправильно было бы видѣть въ условіи и т. п., какое-то «самоограниченіе» воли или «побочное» опредѣленіе въ сдѣлкѣ. Принимая срокъ, условіе или modus, лицо не ограничиваетъ своей воли, но, напротивъ, обезпечиваетъ ими свою свободу; въ нихъ оно выражаетъ не какое-либо побочное опредѣленіе, но, напротивъ,—ту главную цѣль, то главное побужденіе, ради котораго совершается самая сдѣлка.

Объективный критерій.

§ 235. Объективная оцѣнка сдѣлки состояла въ непосредственной связи съ древнѣйшимъ формализмомъ и представляла начало, противорѣчащее индивидуализму и его ограничивающее. Источники объективной оцѣнки лежали въ интересахъ гражданскаго оборота; ея проявленія были достаточно разнообразны. Такъ, объективная оцѣнка проявлялась въ способѣ толкованія договоровъ; она проявлялась далѣе въ извѣстномъ отношеніи суда къ принужденію, обману и ошибкѣ; она проявлялась наконецъ въ отношеніи суда къ такъ-называемымъ отвлеченнымъ сдѣлкамъ. Отвлеченными называютъ такія сдѣлки, изъ содержанія которымъ не явствуетъ ихъ юридическое основаніе (causa); напр., когда одинъ передаетъ другому вещь въ собственность (traditio), то изъ содержанія сдѣлки не видно, ради чего онъ поступаетъ такъ: потому-ли, что онъ продалъ вещь, или потому, что онъ дaритъ ее своему контрагенту (causa donandi), или вообще обязанъ предъ нимъ (напримѣръ, по завѣщанію, causa solvendi), или самъ желаетъ обязать его къ чему-нибудь (реальный контрактъ, causa contragendi). Традиція и стипуляція служили въ императорскомъ

Отвлеченныя сдѣлки.

правѣ главными представителями отвлеченныхъ сдѣлокъ. Спрашивалось, слѣдуетъ-ли признавать дѣйствительными эти сдѣлки тогда, когда онѣ совершены по недостаточному (юридически) или вовсе несуществующему основанію? Мы показали (стр. 534), къ чему клонилось разрѣшеніе этого вопроса римскими юристами. Кто передавалъ другому вещь, ложно полагая, что онъ долженъ ему, тотъ дѣлалъ своего мнимаго кредитора собственникомъ переданной вещи; стало быть, если этотъ послѣдній передавалъ вещь въ третьи руки, то такой переходъ былъ правомѣренъ и мнимому должнику оставалось искать не вещь отъ ея владѣльца, но лишь вознагражденіе за нее отъ мнимаго кредитора (condictio indebiti); права же третьяго пріобрѣтателя оставались неприкосновенными. То же примѣнялось и въ томъ случаѣ, если вещь была передана по какому-нибудь неправомѣрному основанію (c. ob turpem vel iniustam causam), или въ ожиданіи какого-либо дѣйствія противной стороны, на самомъ дѣлѣ неосуществившагося. Итакъ, дѣйствительность традиціи не зависѣла отъ дѣйствительности ея юридическаго основанія и Юліанъ высказалъ это въ видѣ общаго правила на тотъ случай, когда стороны (передающій вещь и принимающій ее) разногласили относительно основанія, напримѣръ, передающій думалъ, что онъ даетъ вещь взаймы, а принимающій—что ее даютъ ему въ подарокъ [875]). Подобное же принималось относительно стипуляціи и хотя не всѣ юристы и не во всѣхъ случаяхъ держались изложеннаго порядка [876]), однако, въ общемъ, его слѣдуетъ признать за господствующій. Онъ обезпечивалъ относительную безспорность традиціи и стипуляціи,—относительную крѣпость пріобрѣтенія, сдѣланнаго на ихъ основаніи, и потому былъ необходимъ въ оборотѣ сложномъ и быстромъ.

Другіе случаи.

Кто получаетъ вещь отъ лица, относительно котораго ему извѣстно, что оно само пріобрѣло ее однимъ изъ законныхъ

---

[875]) *Dig.* 41. 1 fr. 36.

[876]) Ср. *Dig.* 12 1 fr. 18 pr.; также *Dig.* 24. 1 fr. 5 § 18, fr. 3 § 10; 16 1 fr. 32 §§ 1. 2; 6. 1 fr. 39 § 1, fr. 40. Ср. также *Dig.* 22. 3 fr. 25 § 4 и *Cod.* 4. 30 l. 13.

способовъ, тому черезъ-чуръ затруднительно было бы справляться еще,—на какомъ основанiи произошло это прiобрѣтенiе; и, чтобы не ставить новаго прiобрѣтателя въ невыгодное и незаслуженное положенiе, право признаетъ вышеизложенный порядокъ: всякая передача вещи въ собственность признается безусловно-дѣйствительною, какъ скоро она совершена собственникомъ. И въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ вступающiе въ сдѣлку былъ бы поставленъ въ черезъ чуръ тяжелое положенiе, если бы онъ долженъ былъ справляться о наличности всѣхъ, безъ исключенiя, условiй, которыя требуются для дѣйствительности сдѣлки, и потому юристы признавали иногда эту послѣднюю дѣйствительною, несмотря на отсутствiе какого-либо изъ сказанныхъ условiй, какъ скоро такое отсутствiе оставалось незамѣченнымъ заинтересованною стороною. Ограничимся немногими случаями. Кто получилъ взаймы отъ своего кредитора чрезъ его раба, тотъ имѣетъ право возвратить долгъ рабу же [877]); кто принялъ поклажу отъ раба, тотъ возвращаетъ ее ему же [878]),—хотя въ обоихъ случаяхъ такой образъ дѣйствiй былъ бы противенъ воли господина раба. Но господинъ, если онъ желалъ инаго образа дѣйствiй со стороны своего должника, долженъ былъ поставить его въ извѣстность о томъ; въ противномъ случаѣ должникъ имѣлъ право руководиться видимостью и возвращалъ деньги или вещи тому, отъ кого получалъ ихъ.—Отношенiя по мандату (§ 138) обладали строго личнымъ характеромъ и мандатъ прекращался со смертью одного изъ контрагентовъ; основанный на идеѣ одолженiя, мандатъ могъ быть отмѣненъ по усмотрѣнiю каждой изъ сторонъ, подъ условiемъ своевременности такой отмѣны. Но между смертью поручившаго и полученiемъ о томъ извѣстiя принявшимъ порученiе могло протечь достаточное время, въ которое этотъ послѣднiй продолжалъ дѣйствовать на основанiи мандата; точно такъ же онъ продолжалъ дѣйствовать въ перiодъ между состоявшеюся

---

877) *Dig.* 46. 3 fr. 35; ср. другой случай въ томъ же фрагментѣ и сверхъ того: *Dig.* 46. 3 fr. 32; 12. 1 fr. 41

878) *Dig.* 16. 3 fr. 11.

отмѣной и полученіемъ извѣщенія о ней. Юристы признавали законными всѣ такія дѣйствія.

Теперь мы прослѣдимъ поподробнѣе историческое развитіе нѣкоторыхъ примѣненій объективнаго критерія въ его разнообразныхъ сочетаніяхъ съ индивидуализмомъ.

III. Ошибка въ юридической обстановкѣ сдѣлки

(постепенное развитіе объективнаго критерія въ ущербъ индивидуализму).

Существо юридической сдѣлки.

§ 236. Гражданско-правовая власть гарантируетъ за сдѣлкою извѣстныя юридическія послѣдствія; стороны вступаютъ въ сдѣлку, потому что желаютъ этихъ послѣдствій. Такимъ образомъ юридическими сдѣлками слѣдуетъ назвать такія дѣйствія субъектовъ гражданскаго права, правовыя послѣдствія которыхъ *по закону* (употребляемъ законъ вообще въ смыслѣ выраженія воли той или другой власти, которая создаетъ гражданское право), обыкновенно соотвѣтствуютъ намѣреніямъ и желаніямъ сторонъ, совершающихъ дѣйствіе. Сдѣлка противополагается деликту или гражданскому преступленію. Правовыя послѣдствія деликта (напримѣръ, воровства, обмана, оскорбленія) обыкновенно противорѣчатъ намѣреніямъ и желаніямъ лица, которое его совершаетъ; напротивъ цѣль совершенія юридической сдѣлки состоитъ именно въ томъ, чтобы вызвать послѣдствія, *которыя* связаны съ нею правомъ [879]). Въ предѣлахъ, которые открыты санкціею власти,

---

879) Эти послѣднія слова напоминаютъ намъ, что признаніе со стороны права служитъ существеннымъ условіемъ юридическаго существованія сдѣлокъ. Власть каждаго времени и мѣста опредѣляетъ, какія сдѣлки должны пользоваться защитою и быть, слѣдовательно, юридическими.—Не надо увлекаться безплоднымъ споромъ о томъ, основывается-ли сила сдѣлки на законѣ, который признаетъ ея существованіе, связывая съ нею тѣ или другія правовыя послѣдствія, или же источникъ этой силы заключается въ волѣ сторонъ, совершающихъ сдѣлку. Этотъ споръ безплоденъ потому, что онъ порожденъ смѣшеніемъ идей, весьма различныхъ. Признаніе со стороны власти (проявляется-ли

сдѣлкою признается такой актъ, юридическія послѣдствія котораго соотвѣтствуютъ намѣреніямъ и желаніямъ сторонъ. Однако всегда возможно, что юридическія послѣдствія сдѣлки измѣнятъ первоначальнымъ разсчетамъ сторонъ; въ такомъ случаѣ возникаетъ вопросъ объ отношеніи сказанныхъ последствій къ этимъ разсчетамъ.

Error iuris.

Индивидуализмъ выдвинулъ этотъ вопросъ и разрѣшеніе его началось еще при Цицеронѣ. Сдѣлки, которыя были произведеніемъ обмана или принужденія, по эдиктамъ Аквилія и Октавія, подлежали отмѣнѣ (стр. 355). Новую почву для разрѣшенія того же вопроса представили случаи ошибки въ юридической обстановкѣ сдѣлки [880]). Error iuris (iuris ignorantia) составлялъ простѣйшій видъ ошибки въ юридической обстановкѣ сдѣлки. Сюда относилось незнаніе юридическихъ послѣдствій сдѣлки, а также несогласное съ закономъ ея наименованіе или составленіе. Какое вліяніе имѣетъ та-

---

она въ законѣ, или въ какой-либо иной формѣ) составляетъ необходимое условіе существованія всѣхъ правовыхъ явленій, въ томъ числѣ и сдѣлокъ. За симъ ничто не препятствуетъ искать видовые признаки сдѣлки въ какомъ-либо соотношеніи ея съ волею сторонъ.

[880]) Все то, что совершающій сдѣлку принимаетъ въ соображеніе,— что онъ предполагаетъ и на что разсчитываетъ,— составляетъ ея обстановку. Одна часть обстановки состоитъ изъ юридическихъ явленій (юридическая обстановка): совершающій сдѣлку сообразуется съ юридическими нормами, которыя опредѣляютъ послѣдствія сдѣлки, съ своими и чужими правами, которыя уполномочиваютъ его на сдѣлку, съ своею и чужою правоспособностью и дѣеспособностью, которыя открываютъ лицамъ самый доступъ въ гражданскій оборотъ. Другая часть обстановки образуется фактическими явленіями (фактическая обстановка): совершающій сдѣлку принимаетъ въ разсчетъ свойства своего контрагента, его прежнія или ожидаемыя въ будущемъ поступки, свои отношенія къ нему, свойства и цѣну предмета сдѣлки, свои отношенія къ этому предмету. Всякое незнаніе или заблужденіе, которое относится къ чему-либо изъ перечисленнаго, составляетъ ошибку въ обстановкѣ.—Ошибку въ фактической обстановкѣ называютъ часто ошибкою въ мотивахъ. Хотя мотивы опредѣляются обстановкой, однако оба обозначенія не тождественны и обычное названіе, не обладая особенною выразительностью, служитъ источникомъ для путаницы понятій.

кая ошибка на сдѣлку — опредѣленное воззрѣніе на этотъ предметъ не сразу установилось въ императорской юриспруденціи. По скудости историческихъ свидѣтельствъ [881]), мы не въ состояніи возстановить въ подробностяхъ, какъ развивалось это воззрѣніе, но имѣемъ несомнѣнныя данныя утверждать, что не сразу оно сложилось въ ту форму, въ которой мы встрѣчаемъ его въ Юстиніановой компиляціи. Во время Лабеона относились къ ошибкѣ въ правѣ, повидимому, снисходительно и не извиняли ее только юристамъ или лицамъ, которыя, по своему образованію, легко могли ознакомиться съ содержаніемъ закона. Отголосокъ этого воззрѣнія мы встрѣчаемъ слишкомъ черезъ сто лѣтъ послѣ Лабеона, у Помпонія, который впрочемъ вмѣняетъ каждому добропорядочному домохозяину въ обязанность совѣтоваться съ юристами. Папиніанъ, жившій еще позднѣе, ограничиваетъ свою снисходительность одною категоріею ошибокъ въ правѣ [882]). Впрочемъ смыслъ этого раздѣленія не совсѣмъ понятенъ, въ чемъ виноватъ, вѣроятно, не Папиніанъ, но позднѣйшіе компиляторы, которые урѣзали его слова. Наконецъ Павелъ совсѣмъ отказывается отъ прежняго, снисходительнаго воззрѣнія. Онъ отнесся съ большимъ сомнѣніемъ къ взгляду Лабеона и самъ выставилъ правило, которое рѣзко не согласовалось даже съ правиломъ Папиніана. Regula est, говоритъ Павелъ, iuris quidem ignorantiam cuique nocere. Ошибка въ правѣ никому не извиняется; сдѣлка, которая совершена подъ вліяніемъ этой ошибки, сохраняетъ свою силу.

Должно думать однако, что во время Павла его правило не примѣнялось съ безусловною строгостью. Если еще до Юстиніана сохранили силу нѣкоторыя исключенія изъ него, то тѣмъ болѣе ихъ должно было существовать во время Павла, когда воспоминанія о порядкѣ первыхъ годовъ имперіи были относительно свѣжѣе. Павелъ цитуетъ Лабеона съ оговоркой: quod raro accipiendum est, Юстиніанъ находитъ нужнымъ удер-

---

[881]) *Dig.* 22. 6 fr. 7. 8. 9.

[882]) *Dig.* 22. 6 fr. 7. 8. Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet;... omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet.

жать въ своей компиляціи и цитату, и прибавленную къ ней оговорку. Стало быть, во все продолженіе императорскаго періода сохранила значеніе та мысль, что при извѣстныхъ условіяхъ всѣмъ лицамъ извиняется незнаніе закона. Однако, въ какихъ размѣрахъ она осуществлялась на дѣлѣ,— мы не знаемъ, такъ какъ въ источникахъ нѣтъ ни одного примѣра ея примѣненія. Изъ этого слѣдуетъ заключить, что къ концу имперіи она не принадлежала къ числу распространенныхъ мыслей. Во время Павла она могла быть живучѣй, чѣмъ позднѣе. Что же касается до эпохи Лабеона, то не трудно уловить самую тѣсную связь его воззрѣнія на ошибку съ обстоятельствами всей гражданской жизни. Въ то время еще кипѣла творческая работа юристовъ, юрисконсульты господствовали въ обществѣ и былъ распространенъ обычай совѣтоваться съ ними во всѣхъ судебныхъ и иныхъ дѣлахъ. При недостаточной ясности права, еще окончательно не выработаннаго, совѣщаніе съ юристомъ было для непосвященнаго положительною необходимостью. Невозможность получить юридическій совѣтъ представлялась обстоятельствомъ, которое достаточно извиняло въ незнаніи права; доступность этого совѣта въ громадномъ большинствѣ случаевъ гарантировала отъ всякихъ опасныхъ послѣдствій, къ которымъ могло бы повести правило, принятое за руководство. Позднѣе обстоятельства измѣнились. Правовой порядокъ установился, совѣтъ юристовъ сталъ менѣе доступенъ. Выяснились соображенія, по которымъ прежнее правило стало представляться все болѣе и болѣе нераціональнымъ, и вотъ Павелъ формулировалъ новое, строгое начало. Примѣненіе Лабеоновскаго правила онъ ограничилъ рѣдкими случаями, которые стали еще рѣже ко времени Юстиніана.

Исключенія

Если, хотя и рѣдко, снисхожденіе оказывалось всѣмъ лицамъ, то легче заслуживали его лица, которыя состояли вообще на иномъ положеніи. Несовершеннолѣтніе (до 25 лѣтъ), женщины, лица изъ простонародья (rustici, simplices) и военные пользовались привиллегіями[883]). Эти привиллегіи, несомнѣн-

[883]) *Savigny*, System, III, стр. 429—440 (2 изд.).

но, широкіе вначалѣ, подъ конецъ тоже были ограничены и сведены на нѣсколько случаевъ.

Изъ числа этихъ случаевъ во время Юстиніана только немногіе относятся къ предмету настоящаго изслѣдованія. Намъ извѣстно, что несовершеннолѣтній могъ дать взаймы чужому сыну, не рискуя подвергнуться невыгоднымъ послѣдствіямъ сенатусконсульта (sc. Macedonianum), онъ могъ также, безъ невыгодныхъ для себя послѣдствій, пропустить сроки при отысканіи bonorum possessio или представить въ процессѣ поручителей, къ этому неспособныхъ,—если только во всѣхъ этихъ случаяхъ несовершеннолѣтній не зналъ закона. Женщины ставились первоначально на одну ногу съ несовершеннолѣтними, но въ 469 г. импер. Левъ предписалъ извинять женщинамъ незнаніе права только тогда, когда это будетъ прямо предписано закономъ. При Юстиніанѣ для женщинъ существовала та же льгота относительно поручителей въ процессѣ, что̀ и для несовершеннолѣтнихъ. Искъ, предъявленный женщиной (а также несовершеннолѣтнимъ), не терялъ своей силы, если одновременно съ нимъ не были представлены письменныя доказательства, какъ это требовалось по закону. Лица изъ простонародья могли безнаказанно впадать въ error iuris относительно времени представленія письменныхъ документовъ и относительно сроковъ при bonorum possessio. Точно такъ же знаніе этихъ сроковъ, равно какъ сроковъ, установленныхъ для составленія инвентаря наслѣдственнаго имущества, было необязательно для военныхъ. Военному дозволялось также до самаго момента исполненія рѣшенія представлять въ свое оправданіе доводы, которые онъ опустилъ представить въ свое время (имп. ук. 212 г.).— Во всѣхъ этихъ случаяхъ недѣйствительное объявляется дѣйствительнымъ. Что же касается до *отмѣны* сдѣлки вслѣдствіе ошибки въ правѣ, то мы знаемъ лишь два примѣра: женщина, которая уплатила по поручительству, не зная о сенатусконсультѣ (sc. Velleianum), можетъ требовать уплоченное назадъ; солдатъ, принявшій наслѣдство, можетъ отказаться отъ него, если оно окажется невыгоднымъ (condictio indebiti).

Основаніе изложеннаго правила.

§ 237. До Юстиніана, въ особенности во время классической юриспруденціи, привилегіи могли принимать размѣры болѣе широкіе. Но какой размѣръ мы ни приписали бы имъ, результатъ историческаго движенія несомнѣненъ: въ этомъ случаѣ индивидуализмъ былъ побѣжденъ формализмомъ; постепенно римская юриспруденція отказалась отъ благосклоннаго отношенія къ ошибкѣ въ правѣ и выработала начало, по которому такая ошибка почти безусловно-неизвинительна. Особенно строго примѣнялось это правило тогда, когда рѣчь касалась *отмѣны* сдѣлки, совершенной подъ вліяніемъ незнанія закона или заблужденія въ немъ. Важныя соображенія приводили къ такому началу. Юридическія нормы потеряютъ въ своемъ значеніи, если невѣдѣніе ихъ послужитъ основаніемъ для ихъ непримѣненія. Обязательный, правовой порядокъ предписывается именно для того, чтобы существовалъ одинъ этотъ порядокъ вмѣсто другихъ возможныхъ. Съ этой точки зрѣнія незнакомство съ закономъ равносильно умышленному уклоненію его: оно подрываетъ исключительно господство правоваго порядка. Говоря иначе, правило касательно error iuris вытекаетъ изъ тенденціи самосохраненія, присущей правовому порядку.—Съ другой стороны, законъ составляетъ столь-важное условіе при совершеніи сдѣлокъ, что каждый участникъ въ гражданскомъ оборотѣ имѣетъ полное основаніе предполагать въ своемъ контрагентѣ знаніе закона. Извиненіе такого незнанія одной сторонѣ отзовется несправедливо на другой; въ ея интересахъ сдѣлка, однажды совершенная, должна сохранить свою силу.

Оба мотива руководили, вѣроятно, юристомъ Нераціемъ, когда онъ произнесъ: ius finitum et possit esse et debeat [884]). Право *можетъ* быть опредѣлено точно въ сознаніи каждаго, а потому справедливо требовать знанія его; право *должно* быть опредѣлено и въ сознаніи каждаго, и объективно,—другими словами, правовой порядокъ долженъ быть непоколебимъ.

Основанія исключеній.

Разумѣется, когда дѣло касалось не отмѣны сдѣлки, когда, слѣдовательно, интересы лицъ, которыя соприкасались съ оши-

---

[884]) *Dig.* 22. 6 fr. 2.

бившимся, были затронуты относительно менѣе, тогда право могло быть менѣе ревниво къ своей неприкосновенности. Если законодатель требуетъ безусловнаго знакомства всѣхъ и каждаго съ его повелѣніями, то, съ другой стороны, онъ обязанъ употребить всѣ мѣры къ распространенію этого знакомства въ народѣ. Чѣмъ особеннѣе его предписаніе, тѣмъ, при ограниченности этихъ мѣръ, такое распространеніе затруднительнѣе и, стало быть, невольная ошибка каждаго возможнѣе и простительнѣе. Законодатель не долженъ также упускать изъ виду крайнихъ границъ вѣдѣнія, свойственныхъ данному возрасту, полу или положенію. Излишняя строгость подрываетъ авторитетъ закона столь же, какъ и излишняя мягкость; превращеніе недѣйствительнаго въ дѣйствительное иногда можетъ спасти существенные интересы. Еще болѣе нецѣлесообразна безусловная строгость по отношенію къ преступнымъ дѣяніямъ, гдѣ самая преступность невозможна безъ умышленности дѣянія. Римскіе юристы отличаютъ отъ дѣяній, преступность которыхъ должна быть понятна всѣмъ и каждому, дѣянія, которыя объявлены незаконными по какимъ-либо особымъ соображеніямъ. Они прощаютъ несовершеннолѣтнимъ и женщинамъ совершеніе проступковъ втораго рода, если только это сдѣлано по невѣдѣнію закона. Такъ, имъ прощается въ такихъ случаяхъ incestus iuris civilis (напр., бракъ съ агнатомъ, не состоящимъ въ кровномъ родствѣ), — дѣяніе, незаконное только въ силу исторической традиціи. Несовершеннолѣтнимъ прощается также незнаніе нѣкоторыхъ законовъ о пошлинахъ. Несовершеннолѣтней женщинѣ извиняется, если она, оставшись вдовою, не озаботится своевременно объ опекунѣ для малолѣтняго ребенка, и каждой женщинѣ прощается упущеніе, по невѣдѣнію, формальностей, которыя установлены на случай ея беременности, обнаруженной послѣ развода. Подобныя же льготы получаютъ въ иныхъ случаяхъ солдаты (освобожденіе отъ штрафа за легатъ, написанный въ свою пользу въ чужомъ завѣщаніи) и лица изъ простонародья. Эти послѣдніе не подвергаются большому штрафу за порчу досокъ, на которыхъ изложены постановленія магистратовъ, или за неявку по призыву въ судъ. Иногда прощеніе заслуживается всѣми

лицами безъ отношенія къ ихъ возрасту или полу. Такъ, кто принимаетъ наслѣдство по недѣйствительному завѣщанію, тотъ не считается злоумышленникомъ, если онъ, заблуждаясь въ правѣ, считалъ завѣщаніе дѣйствительнымъ. Узуфруктуаръ, который не зналъ, что partus ancilae не входитъ въ составъ fructus, не подлежитъ обвиненію въ воровствѣ.

Ошибка въ правоспособности.

§ 238. Ошибка въ юридической обстановкѣ представлялась еще въ видѣ ошибки въ своей или чужой правоспособности и дѣеспособности, въ своихъ или чужихъ полномочіяхъ. Такъ, наприм., договаривающійся принимаетъ своего контрагента за свободнаго, тогда какъ онъ рабъ, за собственника, тогда какъ онъ не собственникъ, за представителя кого-либо, тогда какъ онъ не представитель, или кто-либо считаетъ себя родственникомъ умершаго, не будучи тѣмъ, и вступаетъ въ его наслѣдство, установляетъ поручительство по несуществующему долгу и т. п. Сдѣлка, совершенная вслѣдствіе подобнаго заблужденія, безусловно ничтожна. Личное мнѣніе кого-либо, хотя бы составляющее результатъ извинительнаго заблужденія, не можетъ измѣнить условій, которыя предписаны правомъ для дѣйствительности сдѣлокъ. Здѣсь съ новою силою проявляется еще разъ тенденція самосохраненія, присущая правовому порядку. Въ римскомъ правѣ нѣтъ ни одного примѣра, въ которомъ дѣйствительная сдѣлка была бы лишена силы вслѣдствіе ошибки въ полномочіяхъ. Разумѣется, это происходитъ и отъ того, что только въ относительно-рѣдкихъ случаяхъ сдѣлка дѣйствительна при ошибкѣ въ полномочіяхъ. Примѣръ приводитъ Павелъ: если кто-нибудь получаетъ вещь, принимая передающаго за не-собственника, то тѣмъ не менѣе онъ получаетъ право собственности. Сдѣлка должна остаться дѣйствительною также въ интересахъ передающаго, который, будучи собственникомъ, естественно, не можетъ предполагать, что другіе сомнѣваются въ его полномочіяхъ.—Гораздо чаще при ошибкѣ въ правоспособности, дѣеспособности и въ полномочіяхъ сдѣлка сама по себѣ оказывается недѣйствительною и у сторонъ родится желаніе превратить ничтожное въ дѣйствительное. Въ исключительныхъ случаяхъ къ такому желанію римскіе юристы относились благосклонно. Если, напримѣръ, къ

заключенію сдѣлки, которая должна быть совершена съ участіемъ свидѣтелей, были привлечены, въ качествѣ таковыхъ, лица неправоспособныя, то сдѣлка недѣйствительна; но совершившій сдѣлку, равно какъ и другія лица, могутъ желать ея дѣйствительности. Подобный случай восходилъ на разрѣшеніе имп. Адріана и также имп. Севера и Антонина. Они предписали, что завѣщаніе не должно почитаться недѣйствительнымъ, если при составленіи его въ числѣ свидѣтелей дѣйствовали вмѣсто свободныхъ такіе рабы, которые въ то время всѣми принимались за лицъ свободныхъ, такъ что завѣщателю было простительно то же заблужденіе.

IV. Практика завѣщаній.

(Постепенное развитіе индивидуализма въ ущербъ объективному критерію).

Толкованіе завѣщаній.

§ 239. Какъ было указано (§ 153), уже при Цицеронѣ толкованіе сдѣлокъ по смыслу, возникшее въ практикѣ неформальныхъ договоровъ, было перенесено въ практику завѣщаній. Во время имперіи завѣщательныя распоряженія составили обширную область для развитія толкованія по смыслу. Односторонній характеръ этихъ распоряженій, въ противоположность къ договорамъ, расширилъ самую задачу толкованія и сообщилъ ему новый характеръ. Если относительно договоровъ толкователь долженъ былъ держаться *смысла договора*, т. е. того смысла, который одинаково сознавался обѣими сторонами, и потому не могъ слишкомъ далеко проникать въ сокровенныя мысли или намѣренія каждой стороны (стр. 351 сл.), то такого ограниченія не существовало относительно завѣщаній. Завѣщательное распоряженіе—распоряженіе одностороннее; слова завѣщанія—слова завѣщателя и только его; слѣдовательно, для правильнаго примѣненія завѣщанія нужно открыть сокровенную мысль завѣщателя, *насколько это возможно*. Завѣщательныя распоряженія, безъ различія торжественныхъ (завѣщаніе въ строгомъ смыслѣ) и неторжествен-

ныхъ (фидеикомиссы), стали предметомъ толкованія по мысли завѣщателя. Такимъ образомъ, если развитіе новаго способа *заключенія* сдѣлокъ опредѣлялось, какъ это видно изъ предшествующаго изложенія (§§ 210—214), противоположностью сдѣлокъ стараго (цивильнаго) и новаго (цивильнаго и преторскаго) права, то развитіе новаго способа *толкованія*, опредѣлялось иною противоположностью, именно—противоположностью сдѣлокъ одностороннихъ и двустороннихъ.

Повидимому, правило—толковать завѣщаніе по мысли завѣщателя утверждалось легче въ тѣхъ случаяхъ, когда споръ шелъ о *предметѣ* наслѣдованія или, особенно, отказа, когда было неясно, какія именно вещи надо понимать подъ даннымъ бытовымъ терминомъ, или что̀ считать принадлежностями завѣщанной вещи. Разрѣшая именно подобные вопросы, уже Туберонъ высказалъ, что мысль (mens) завѣщателя заслуживаетъ предпочтенія предъ буквальнымъ смысломъ словъ (vox) его [885]); по Педію, надо слѣдовать не смыслу словъ, но прежде всего тому, что̀ хотѣлъ сказать завѣщатель, потомъ же обратить вниманіе и на мѣстное значеніе термина, употребленнаго завѣщателемъ [886]). Конечно, слѣдовало ожидать, что въ большинствѣ случаевъ завѣщатель употребитъ ихъ въ общемъ или мѣстномъ значеніи; и потому юристъ слѣдовалъ этому значенію, если только не было указаній на то, что терминъ, въ устахъ завѣщателя, имѣлъ особый смыслъ [887]). Юридическіе термины, если таковые употребилъ завѣщатель, напротивъ, толковались въ ихъ юридическомъ значеніи; такъ, если завѣщатель отказалъ кому-либо право пользованія (usus) овечьимъ стадомъ, но не право узуфрукта (ususfructus), то, по Лабеону, отказывалось только право на полученіе навоза, но не шерсть, не приплодъ, не молоко. Черезъ два столѣтія Ульпіанъ измѣнилъ точку зрѣнія и готовъ былъ понимать сказанное распоряженіе — если того требовалъ его смыслъ—иначе, замѣтивъ при этомъ, что нельзя такъ строго интерпретиро-

885) *Dig.* 33. 10 fr. 7 § 2.
886) *Dig.* 33. 7 fr. 18 § 3.
887) *Dig.* 28. 5 fr. 69 pr.

вать послѣднюю волю умершихъ [888]).—Предметъ завѣщательнаго распоряженія могъ стать неяснымъ, не вслѣдствіе неопредѣленности термина, но потому, что наступили такія обстоятельства, которыхъ завѣщатель не предвидѣлъ; правильный путь къ разрѣшенію такихъ затрудненій былъ указанъ, какъ кажется, только послѣ Лабеона. Мужъ скопилъ для жены извѣстную сумму денегъ и въ своемъ завѣщаніи отказалъ ей «деньги, которыя для нея приготовлены». По открытіи наслѣдства обнаружилось, что изъ этой суммы самъ завѣщатель сдѣлалъ расходы; тѣмъ не менѣе, по старому толкованію (Кв. М. Сцевола), женѣ умершаго слѣдовала вся сумма въ первоначальномъ ея размѣрѣ; напротивъ, по Цельзу и Помпонію, надлежало изслѣдовать, въ какихъ видахъ мужъ растратилъ деньги, предназначенныя женѣ, и рѣшить вопросъ о размѣрѣ легата сообразно тому, что̀ откроется [889]). Нѣкто написалъ въ своемъ завѣщаніи: если у меня родится сынъ, то оставляю ему $^{2}/_{3}$ наслѣдства, а остальное моей женѣ; если же родится дочь, то оставляю ей $^{1}/_{3}$, а остальное—женѣ. Между тѣмъ родились сынъ и дочь; до Ювенція Цельза завѣщаніе въ такомъ случаѣ почиталось недѣйствительнымъ, тогда какъ онъ рѣшилъ, что завѣщаніе слѣдуетъ оставить въ своей силѣ и отдать сыну $^{4}/_{7}$, женѣ—$^{2}/_{7}$ и дочери $^{1}/_{7}$ [890]).—Наиболѣе затрудненій представляли тѣ случаи, въ которыхъ сомнѣніе существовало относительно *личности* наслѣдниковъ. Какъ можно видѣть, изъ нижеслѣдующихъ рѣшеній, еще Лабеонъ руководился здѣсь формалистическою точкою зрѣнія. Нѣкто назначилъ троихъ наслѣдниковъ: первому онъ оставилъ $^{1}/_{2}$ наслѣдства, второму—$^{1}/_{4}$, третій же назначенъ имъ безъ опредѣленія доли; по Лабеону, ему слѣдуетъ предоставить остальную $^{1}/_{4}$ наслѣдства [891]). Нѣкто̀ оставилъ отказъ «двумъ рабамъ» своимъ, Стиху и Дамасу; послѣ того Стихъ вышелъ на волю; спрашивалось, кому принадлежитъ отказъ? Уже Тубѣронъ рѣшилъ въ томъ смыслѣ, что—обоимъ, хотя еще Лабеонъ держался фор

888) *Dig.* 7. 8 fr. 12 § 2.
889) *Dig.* 34. 2 fr. 34 § 1.
890) *Dig.* 28. 2 fr. 13 pr.
891) *Dig.* 28. 5 fr. 20 § 1.

малистическаго воззрѣнія и отдавалъ весь отказъ одному, оставшемуся въ рабствѣ [892]). Лабеонъ выраженіе «сыновья» понималъ въ строгомъ смыслѣ, тогда какъ Прокулъ, а за нимъ Яволенъ, понимали это выраженіе, когда это отвѣчало мысли завѣщателя, въ общемъ смыслѣ: «дѣти» [893]). Я назначилъ Тита и Сея своими наслѣдниками въ той долѣ, въ которой они назначатъ меня; одинъ изъ нихъ вовсе не исполнилъ этого условія и, по Лабеону, оба вслѣдствіе того теряютъ свое право на наслѣдованіе послѣ меня; напротивъ, по Помпонію, это право теряетъ только тотъ изъ нихъ, кто не исполнилъ условія, означеннаго мною [894]).

Такимъ образомъ къ половинѣ II столѣтія то правило, что завѣщательныя распоряженія толкуются по волѣ (voluntas) завѣщателя, пріобрѣло общее значеніе [895]). Эта воля (voluntas) разсматривалась какъ юридическое основаніе всего завѣщанія. Отступленія отъ общаго правила могли проявляться еще или по недоразумѣнію, или въ качествѣ тенденціозныхъ. Такъ, напр., если завѣщатель назначалъ наслѣдникомъ своего раба, позабывая сказать, что вмѣстѣ съ тѣмъ ему даруется свобода, то такое назначеніе вплоть до Юстиніана почиталось за недѣйствительное [896]). Тенденціозность такого толкованія видна изъ того, что оно косвенно вытекало изъ закона Элія Сенція, который, въ видѣ исключенія, допустилъ вышеизложенный способъ назначенія на тотъ случай, когда дѣти наслѣдодателя были несовершеннолѣтнія. Формализмомъ и тенденціозностью отличалось также толкованіе формулъ, которыя относились къ лишенію наслѣдства (exheredatio); въ этой области вообще требовали, чтобы лишеніе наслѣдства было прямо высказано въ завѣщаніи, такъ что часто не признавали за дѣйствительное такое лишеніе, которое однако обнаруживалось изъ самаго завѣщанія [897]).

---

892) *Dig.* 32. 1 fr. 29 § 4.

893) *Dig.* 50. 16 fr. 116.

894) *Dig.* 28. 5 fr. 29.

895) *Dig.* 50. 17 fr. 12 (Павелъ): In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.

896) *Inst.* 1. 6 § 2.

897) См., напр., *Dig.* 28. 6 fr. 16 § 1 (Помп.); *Dig.* 35. 1 fr. 83 (Павелъ).

Error facti.

§ **240.** Могло случиться, что, составляя свое завѣщаніе, завѣщатель ошибся относительно чего-либо, что входило въ составъ *фактической* (см. примѣч. 880) обстановки сдѣлки. Юристы имперіи, начиная со II вѣка по Р. Х., принимали въ соображеніе это обстоятельство въ видахъ болѣе точнаго опредѣленія воли завѣщателя. Такъ, предметомъ отказа могла быть и своя, и чужая вещь; отказъ чужой вещи обязывалъ наслѣдника пріобрѣсти ее для легатарія. Если завѣщатель ошибся относительно принадлежности отказанной вещи и отказалъ чужую вещь за свою, то, по Нерацію Приску, такой отказъ отмѣнялся [898]) въ томъ предположеніи, что завѣщатель не обременилъ бы наслѣдника отказомъ, если бы имѣлъ вѣрное свѣдѣніе относительно принадлежности вещи; дѣйствуя еще послѣдовательнѣе, императоръ предоставилъ легатарію доказывать, что завѣщатель, по особеннымъ отношеніямъ къ нему, все равно оставилъ бы ему эту вещь, если бы даже зналъ, что она чужая. Въ случаѣ успѣха подобнаго доказательства отказъ оставлялся въ своей силѣ [899]). Вслѣдъ за тѣмъ вниманіе было обращено на ошибки завѣщателя относительно свойствъ легатарія и наслѣдника. Повидимому, еще Гай [900]) не допускалъ въ этомъ отношеніи никакихъ льготъ. Онъ оставлялъ въ силѣ отказы, мотивированные слѣдующими ошибочными предположеніями: «оставляю NN то-то, потому что онъ заботился о моихъ дѣлахъ», или «потому что его братъ издержался на мои дѣла»,—куда надо присоединить еще примѣръ: «потому что онъ помогъ мнѣ оправдаться по обвиненію въ уголовномъ преступленіи» [901]). По мнѣнію Папиніана, отказъ подлежалъ отмѣнѣ, если было доказано, что завѣщатель, который ошибся относительно чего-либо, не оставилъ бы отказа, если бы былъ знакомъ съ истиннымъ положеніемъ вещей [902]). Опредѣлить въ точности, какъ широко примѣнялось

---

898) *Dig.* 31. 1 fr. 67 § 8.
899) *Cod.* 6. 37 l. 10, ср. *Inst.* 2. 20 § 4.
900) *Dig.* 35. 1 fr. 17 § 2.
901) *Inst.* 2. 20 § 31.
902) *Dig.* 35. 1 fr. 72 § 6: si probetur alias legaturus non fuisse.

это правило, мы не въ состоянии. Юстиніанъ удержалъ въ дигестахъ и правило Гая, и правило Папиніана. Неизвѣстно, допускалась-ли въ этихъ случаяхъ также ссылка на эксцепцію doli. Легатарій вообще встрѣчалъ эту эксцепцію, когда оказывалось, что онъ отыскивалъ свой отказъ противъ воли завѣщателя, наприм., когда завѣщатель, составивъ завѣщаніе, отмѣнялъ отказъ хотя бы неформальнымъ способомъ. Впрочемъ въ этомъ случаѣ легатарій терялъ свое право не вслѣдствіе ошибки завѣщателя, но просто потому, что отказъ, который первоначально былъ назначенъ ему, потомъ оказывался отмѣненнымъ.— Относительно вліянія ошибки при назначеніи наслѣдника наши свѣдѣнія полнѣе. Если кто-нибудь ошибочно считалъ умершимъ своего наслѣдника по закону или того, кто-былъ назначенъ наслѣдникомъ въ прежнемъ завѣщаніи, и подъ вліяніемъ таковой ошибки написалъ новое завѣщаніе, въ которомъ назначилъ новаго наслѣдника, то, по постановленію императоровъ II и III вв., это послѣднее назначеніе подлежало отмѣнѣ, какъ скоро обнаруживалась ошибка [903]). Павелъ и Африканъ объявили недѣйствительнымъ, когда наслѣдства лишается сынъ, котораго отецъ по заблужденію считалъ умершимъ или не настоящимъ, не своимъ [904]). Обратно, завѣщаніе недѣйствительно и тогда, когда наслѣдникъ, назначенный въ немъ, принятъ отцомъ ложно за сына (имп. III в.) [905]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ отмѣнялось, собственно, только назначеніе наслѣдника, остальныя же распоряженія сохраняли свою силу. Совокупность всѣхъ изложенныхъ рѣшеній дала юристамъ поводъ составить афоризмъ, который гласилъ, что при толкованіи завѣщаній plus est in opinione quam in re. Афоризмъ этотъ, несомнѣнно, содержалъ въ себѣ обобщеніе нѣсколько поспѣшное; тѣмъ не менѣе, составивъ его, юристы не удержались отъ соблазна — признать въ немъ нѣкоторое общее правило, характеризующее будто бы природу завѣщательныхъ распоряженій. Только такимъ вліяніемъ должно

---

903) *Dig.* 5. 2 fr. 28; 28. 5 fr. 93; *Cod.* 6. 21 l. 10 pr.
904) *Dig.* 28. 2 fr. 29 pr., fr. 14 § 2.
905) *Cod.* 6 24 fr. 4.

объяснить распространеніе афоризма за первоначальные предѣлы его области и примѣненіе его къ случаямъ ошибки въ *юридической* обстановкѣ завѣщанія. Такъ, это послѣднее признавалось недѣйствительнымъ, если завѣщатель ошибался относительно своей правоспособности, наприм., будучи римскимъ гражданиномъ, считалъ себя за раба [906]). Если наслѣдникъ, по заблужденію, считаетъ себя за heres necessarius, тогда какъ онъ только heres voluntarius, и подъ вліяніемъ такого заблужденія вступаетъ въ наслѣдство, то онъ остается heres necessarius, хотя бы ошибка была обнаружена [907]).

V. Практика двустороннихъ сдѣлокъ (договоровъ).

(Индивидуализмъ, ограниченный объективнымъ критеріемъ).

Теорія договора.

§ 241. «Нѣтъ контракта, нѣтъ обязательства, который не «заключалъ бы въ себѣ соглашенія (conventio),—все равно, «устанавливается-ли оно реальнымъ способомъ (re) или тор«жественными словами (verbis); ибо и стипуляція, которая «происходитъ въ торжественныхъ словахъ, не имѣетъ силы, «если не содержитъ въ себѣ соглашенія (consensus)» [908]). Такъ уже Педій примѣнилъ понятіе договора-соглашенія ко всѣмъ двустороннимъ сдѣлкамъ обязательственнаго права (ср. § 215). То же повторяется гораздо позднѣе у Ульпіана [909]) и Павла [910]). Согласно съ этимъ Ульпіанъ находилъ, что если торжественное, въ формѣ вопроса и отвѣта, уничтоженіе обязательства (акцептилація) примѣнялось къ обязательству нестипуляціонному, напр., къ займу, оно имѣло силу простаго со

---

906) *Dig.* 28. 1 fr. 14. 15.
907) *Dig.* 29. 2 fr. 15.
908) *Dig* 2 14 fr. 1 § 3 ... nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.
909) *Dig.* 2. 14 fr. 1 § 3
910) *Dig.* 45. 1 fr. 83 § 1.

глашенія о прощеніи долга (pactum de non petendo) [911]). Можетъ быть, то же понятіе было перенесено даже на вещныя сдѣлки стараго права, какъ-то на манципацію и цессію [912]), и во всякомъ случаѣ не осталось безъ слѣда въ практикѣ традиціи, т. е. не-торжественной передачи вещи. Вмѣстѣ съ тѣмъ толкованію по *смыслу* было открыто широкое поле въ области двустороннихъ сдѣлокъ. При толкованіи соглашеній, провозгласилъ Папиніанъ, слѣдуетъ обращать вниманіе болѣе на волю договорившихся, нежели на ихъ слова [913]). Обстоятельства времени и мѣста, въ томъ числѣ мѣстные обычаи, выступили какъ вспомогательныя средства толкованія; на случай неразрѣшимыхъ сомнѣній были установлены опредѣленныя презумпціи: такъ, изъ двухъ возможныхъ смысловъ сдѣлки принимался тотъ, который устанавливалъ относительно мѐньшую сумму долга, или тотъ, который склонялся въ пользу обѣщавшаго (при стипуляціи), въ пользу покупателя или нанимателя, или тотъ, напр., который (въ случаѣ спора о приданомъ) болѣе говорилъ за установленіе приданаго.

Толкованіе договоровъ

Свойство договора, какъ двусторонней сдѣлки, сохраняло за его толкованіемъ тотъ объективный, въ извѣстномъ смыслѣ формальный, характеръ, который не дозволялъ толкователю безгранично проникать въ сокровенныя намѣренія сторонъ. Слова договора—слова двухъ сторонъ, интересы которыхъ часто вполнѣ противоположны; слова каждой изъ сторонъ слѣдовало разумѣть въ томъ смыслѣ, въ которомъ при данныхъ условіяхъ другая сторона могла и *должна* была понимать ихъ (ср. стран. 351 сл.); индивидуализмъ не могъ идти далѣе того требованія, что въ каждомъ данномъ случаѣ слѣдуетъ открыть смыслъ *соглашенія*, смыслъ *общей* воли договорившихся, оставляя въ сторонѣ намѣренія необнаруженныя,

---

911) *Dig.* 46. 4 fr. 8 pr., 19 pr.

912) *Dig.* 44. 7 fr. 55 (Яволенъ); *Dig.* 8. 4 fr. 6 § 3 (Марц.), *Dig.* 18. 1 fr. 78 pr. (Лабеонъ) и друг.; предполагается, что эти мѣста относились первоначально къ манципаціи или цессія,—что̀ было устранено составителями дигестъ.

913) *Dig.* 50 16 fr. 219: In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.

как слѣдуетъ. Такого именно критерія, говоря вообще, и держались юристы и доказательство тому мы находимъ вплоть до позднѣйшихъ временъ римской юриспруденціи. Римскіе юристы не подымали того вопроса, которымъ интересовались юристы-схоластики,—каноники среднихъ вѣковъ,—именно вопроса о томъ, имѣетъ-ли юридическую силу мысленная оговорка (reservatio mentalis) при совершеніи сдѣлокъ; но если бы этотъ вопросъ былъ поднятъ въ Римѣ, то, конечно, его разрѣшили бы такъ, какъ разрѣшаютъ въ наше время. Если кто-либо, вступая въ договоръ, оговорится мысленно, что онъ не желаетъ его, то, несмотря на то, сдѣлка, разумѣется, сохраняетъ свою силу. Мимоходомъ касается Павелъ другаго, болѣе серьознаго вопроса,—вопроса о значеніи договоровъ, которые одною изъ сторонъ совершаются въ шутку; Павелъ замѣчаетъ о недѣйствительности такихъ договоровъ [914]), а имп. Траянъ (въ 250 г.), дозволяя солдатамъ словесныя завѣщанія, поясняетъ, что за таковое слѣдуетъ считать серьозное распоряженіе, сдѣланное при соотвѣтствующей обстановкѣ, но не всякій, можетъ быть, шуточный посулъ [915]). Замѣчаніе Павла настолько мимолетно, что остается неизвѣстнымъ, имѣлъ-ли римскій юристъ въ виду *всякія* шутки; полное рѣшеніе этого вопроса должно было-бы гласить слѣдующее: если кто-либо вступилъ въ договоръ въ шутку, то исходъ ея долженъ зависѣть отъ того, въ какой степени шутливый характеръ сдѣлки былъ понятенъ или *долженъ* былъ быть понятенъ (при данной обстановкѣ) другимъ лицамъ и, въ особенности, его контрагенту. Если шутка понятна, то договоръ недѣйствителенъ, въ противномъ же случаѣ онъ обязателенъ для совершившихъ его. Относительно полнѣе практика III в. по Р. Х. разработала вопросъ о симулированныхъ сдѣлкахъ (simulatio) [916]). Такъ называется сокрытіе одной сдѣлки подъ формою другой, напримѣръ, дареніе или залоговой договоръ скрывается подъ куплею, купля на 20

Reservatio mentalis.

Шутка.

Simulatio.

---

[914]) *Dig.* 44. 7 fr. 3 § 2.

[915]) *Dig.* 29. 1 fr. 24.

[916]) Главные источники (III в.): *Cod.* 4. 22 l. 1—3; *Cod.* 4. 38 l. 3 *Dig.* 41. 6 fr. 6 (Гермог.).

тысячъ подъ куплею въ 10 тысячъ и т. п. Обѣ стороны желаютъ скрытой сдѣлки, но совершаютъ явно другую. Это можетъ происходить подъ вліяніемъ различныхъ мотивовъ. Стороны могутъ желать почему-либо скрыть настоящую сдѣлку отъ вниманія третьихъ лицъ, или же симуляція направлена къ тому, чтобы обойти запрещеніе закона. Какъ скоро симуляція обнаруживалась предъ судомъ, этотъ послѣдній долженъ былъ признать въ совершившемся не явную сдѣлку, но скрытую. Если, наприм., дареніе облечено въ форму (мнимой) купли, то юристъ признавалъ въ этомъ случаѣ не куплю, но дареніе. Дальнѣйшее рѣшеніе зависѣло отъ того, принадлежала-ли скрытая сдѣлка, сама по себѣ, къ числу дозволенныхъ или недозволенныхъ. Въ первомъ случаѣ она признавалась дѣйствительною, во второмъ нѣтъ. Такимъ образомъ рѣшалось, что, если мужъ даритъ что-либо женѣ подъ видомъ продажи, то ни продажа, ни дареніе не дѣйствительны. Первая сдѣлка не имѣла значенія потому, что она симулированная, вторая потому, что она запрещена закономъ. Если же мужъ желалъ, дѣйствительно, продать, потомъ же покупную сумму подарилъ женѣ, то продажа признавалась дѣйствительною, дареніе же недѣйствительно [921]). Къ симулированнымъ сдѣлкамъ стояли близко такія *мнимыя* сдѣлки, которыя предпринимались сторонами съ цѣлью провести третье лицо. Напр., А продалъ В вещь подъ тѣмъ условіемъ, что купля-продажа должна считаться недѣйствительною, если въ продолженіе извѣстнаго времени кто-либо предложитъ за вещь бо́льшую цѣну. Такого покупщика не находится, но А раздумываетъ продавать вещь. Чтобы избавиться отъ своихъ обязанностей по отношенію къ В, онъ вступаетъ съ своимъ пріятелемъ С въ мнимую сдѣлку и С для вида предлагаетъ бо́льшую цѣну, чѣмъ В. Тогда А требуетъ уничтоженія договора, заключеннаго имъ съ В; В, въ свою очередь, имѣлъ право настаивать на признаніи недѣйствительною сдѣлки А и С и эта послѣдняя не приводила къ послѣдствіямъ, вызвать которыя желали А и С.

Error facti при договорѣ.

§ 242. Общее начало опредѣляло также отношеніе юриста къ ошибкѣ, если таковая происходила съ какой-либо стороны

при заключеніи договора. Ошибка одного изъ договорившихся, если только она не была результатомъ обмана, употребленнаго противною стороною, не должна была вліять на силу договора. Что́ думаетъ вступающій въ договоръ объ его фактической обстановкѣ, какіе факты онъ принимаетъ въ соображеніе, или нѣтъ,—это обыкновенно неизвѣстно и не должно быть извѣстно другой сторонѣ. Поэтому ошибка въ фактической обстановкѣ не должна приниматься во вниманіе и не даетъ ошибавшемуся никакого права требовать отмѣны сдѣлки. Таково именно было общее правило. Если договорившійся заблуждался относительно свойствъ своего контрагента или своихъ отношеній къ нему, также — относительно свойствъ или достоинства предмета (error in substantia) и своихъ отношеній къ предмету (напримѣръ, продавалъ чужую вещь за свою), то такія ошибки не вліяли на силу договора.

Однако юриспруденція не осталась безусловно-послѣдовательною во всѣхъ своихъ рѣшеніяхъ и не провела общаго правила во всей чистотѣ его. Практика завѣщаній оказала несомнѣнное вліяніе на практику договора и новое воззрѣніе на сдѣлку, которое образовалось относительно завѣщаній, отразилось до нѣкоторой степени на пониманіи договора. И договоръ сталъ оцѣниваться иногда по качеству скрытой воли каждаго изъ договаривающихся, безъ отношенія къ тому, въ какой степени эта воля обнаруживалась предъ другими. Сначала это произошло, какъ кажется, въ такихъ случаяхъ, гдѣ одинъ изъ договаривающихся впалъ въ ошибку относительно одной изъ существеннѣйшихъ принадлежностей сдѣлки, какъ-то: личности своего контрагента, цѣны или предмета сдѣлки. По мнѣнію Цельза, если кто-либо проситъ денегъ взаймы у двухъ лицъ и одно изъ нихъ присылаетъ ему просимое, однако такъ, что онъ ошибается относительно личности приславшаго, то сдѣлка займа не возникаетъ, хотя, конечно, получившій обязанъ возвратить полученныя деньги по принадлежности [917]). По мнѣнію Помпонія, если собственникъ отдаетъ свое имѣніе въ аренду за десять, тогда какъ аренда-

---

917) *Dig.* 12. 1 fr. 32.

торъ полагаетъ, что оно отдано за пять, — то договоръ признается несуществующимъ. Если же, наоборотъ, собственникъ считаетъ, что сдалъ имѣніе за мѐньшую плату, нежели о томъ думаетъ арендаторъ, то аренда дѣйствительна въ суммѣ, предположенной собственникомъ [918]). Наконецъ, по мнѣнію Ульпіана и друг., если, по какому-либо случаю, между договаривающимися сторонами произойдетъ недоразумѣніе относительно предмета ихъ сдѣлки, такъ что одна сторона имѣетъ въ виду одинъ предметъ, другая же полагаетъ, что дѣло идетъ о другомъ предметѣ (error in corpore), то сдѣлка признается ничтожною [919]). Нерѣшительно высказались римскіе юристы также относительно случаевъ, когда ошибка касается важныхъ свойствъ предмета, напримѣръ, когда мѣдная или позолоченная вещь принята за золотую, посеребренная или оловянная за серебряную, уксусъ за вино, поношенное платье за новое. Относительно этихъ случаевъ существовало очевидное противорѣчіе не только между мнѣніями нѣсколькихъ юристовъ, но даже въ рѣшеніяхъ одного и того же юриста [920]). Какъ кажется, Ульпіанъ былъ особенно виновенъ въ этомъ колебаніи мнѣній, преувеличивая значеніе ошибки въ ущербъ истиннымъ потребностямъ гражданскаго оборота. Еще болѣе онъ былъ не правъ, когда, измѣняя основному началу, которое должно было бы руководить всею практикою договоровъ, провозгласилъ, что «кто ошибается, тотъ не соглашается» [921]); впрочемъ Помпоній еще раньше его рѣшилъ, что «кто ошибается, тотъ не имѣетъ воли» [922]).

Слѣдуетъ остеречься заблужденія — приводить всѣ эти рѣшенія въ связь со многими другими рѣшеніями, которыя на самомъ дѣлѣ имѣютъ съ ними мало общаго. Въ этихъ другихъ мѣстахъ или только произносится, въ видѣ общаго правила, что договоръ не существуетъ безъ обоюднаго *согласія*,

---

918) *Dig*. 19. 2 fr. 52.

919) *Dig*. 18. 1 fr. 9 pr; 41. 2 fr. 34 pr.

920) *Dig*. 18. 1 fr. 9 § 2, fr. 11 § 1, fr. 14, fr. 41 § 1, fr. 45; 19. 1 fr. 21 § 2.

921) *Dig*. 50. 17 fr. 116 § 2: non videntur qui errant consentire.

922) *Dig*. 39. 3 fr. 20: nulla voluntas errantis est.

или объявляются ничтожными договоры, совершеніе которыхъ сопровождалось мошенничествомъ (напримѣръ, нѣкто просилъ у меня денегъ для честнаго Тита, за полученіемъ же ихъ подослалъ другаго Тита, мошенника), или же разрѣшается вопросъ о томъ, какъ должно опредѣлить предметъ договора (либо завѣщанія), когда ошибка вкралась въ обозначеніе лица, либо предмета. Мы впали бы еще въ болѣе странное недоразумѣніе, если бы съ вышеприведенными рѣшеніями привели въ связь такія рѣшенія римскихъ юристовъ, въ которыхъ обсуждаются договоры, имѣющіе своимъ предметомъ вещь не существующую или погибшую. Однимъ словомъ, римскіе источники не даютъ незыблемаго основанія для того правила, что вообще каждая *существенная* ошибка отнимаетъ у договора его силу [923]). Если, какъ показываетъ вышепри-

[923]) По новому ученію, существенная ошибка касается или личности контрагента (напр., я желаю заключить договоръ съ A, но по ошибкѣ вступаю въ таковой съ B), или вещи, служащей предметомъ сдѣлки (error in corpore), или наконецъ самаго содержанія сдѣлки, напримѣръ, желая продать, я переговариваюсь съ лицомъ, которое почему-нибудь предполагаетъ, что я желаю купить и т. п. Существенная ошибка происходитъ особенно часто при заключеніи договоровъ между отсутствующими лицами вслѣдствіе того, что письмо попадаетъ не по адресу, что содержаніе письма неправильно понимается или содержаніе телеграфной депеши перевирается и т. п. Существенную ошибку отличаютъ отъ обыкновенной ошибки и, въ противоположность этой послѣдней, соединяютъ съ нею ничтожность самой сдѣлки. — Это отступленіе отъ основнаго начала возбуждаетъ новый вопросъ о вознагражденіи третьяго лица, которое, будучи причастно къ неосуществившейся сдѣлкѣ, страдаетъ вслѣдствіе объявленія ея ничтожною. Если важность самой ошибки даетъ для ошибившагося достаточное основаніе потребовать уничтоженіе совершенной сдѣлки, то изъ этого не слѣдуетъ еще, что другія лица, которыя пострадали отъ его ошибки (они разсчитывали на сдѣлку, которая оказывается ничтожною), должны остаться безъ вознагражденія. Отъ разрѣшенія этого вопроса въ томъ или иномъ смыслѣ зависитъ участь самаго ученія о существенной ошибкѣ. Нѣкоторые юристы, отчаявшись въ возможности удовлетворительнаго разрѣшенія его, относятся скептически и къ сказанному ученію, предполагая, не должно-ли существенную ошибку сравнить съ обыкновенною. Несомнѣнно по крайней мѣрѣ то, что вообще надо быть очень осторожнымъ при отнесеніи той или иной ошибки къ разряду существенныхъ. Что же касается до вопроса о вознагражденіи лицъ,

веденное, юристы были готовы въ нѣкоторыхъ случаяхъ изъ уваженія къ истинной волѣ одного изъ контрагентовъ отмѣнить весь договоръ, то, съ другой стороны, въ этомъ крылась уже несправедливость для другой стороны и мы не знаемъ, какъ римскіе юристы вознаграждали эту послѣднюю за убытки, которые могла она потерпѣть отъ того, что разсчитывала на договоръ, не осуществившійся вовсе не по ея винѣ.

Actio quod metus causa.

§ 243. Не одно ученіе объ ошибкѣ свидѣтельствуетъ намъ о томъ, что въ имперіи пониманіе договора измѣнило своему первоначальному характеру и до извѣстной степени склонилось къ тому, что въ договорѣ стали признавать не тожество двухъ *выраженій* воли, но тожество двухъ воль, не справляясь о томъ, въ какой степени каждая изъ нихъ обнаружилась для другихъ. Именно, другое свидѣтельство въ пользу этого содержитъ ученіе юристовъ II и III в. о принужденіи. Въ это время сталъ складываться новый, сравнительно съ прежнимъ (стр. 356), взглядъ на предѣлы дѣйствія иска о принужденіи и ко времени Юстиніана этотъ новый взглядъ пріобрѣлъ несомнѣнное господство. Искъ о принужденіи (a.

которыя пострадали отъ такихъ ошибокъ, то наиболѣе остроумное разрѣшеніе его было предложено Рудольфомъ-фонъ-Іерингомъ. По его мнѣнію, пострадавшій не можетъ предъявить къ ошибившемуся обыкновеннаго иска о вознагражденіи за убытки, потому что такой искъ предполагаетъ договоръ, который въ данномъ случаѣ не существуетъ; но пострадавшему должно предоставить искъ о взысканіи «отрицательнаго» интереса. Отрицательный интересъ отличается отъ положительнаго интереса тѣмъ, что послѣдній опредѣляется въ размѣрѣ полной цѣнности даннаго договора, первый же простирается настолько, сколько потерялъ пострадавшій именно отъ того, что ложно *разсчитывалъ* на осуществленіе несуществующаго договора (quod interfuit eius ne deciperetur). Обязанность ошибившагося платить такой интересъ объясняется тѣмъ, что существенная ошибка предполагаетъ со стороны лица, впавшаго въ нее, нѣкоторую провинность (culpa in contrahendo), безъ которой самая ошибка была бы немыслима. Хотя это послѣднее предположеніе не обладаетъ безусловною достовѣрностью и хотя самое вычисленіе отрицательнаго интереса можетъ встрѣтить на практикѣ затрудненія, однако остроумная теорія фонъ-Іеринга заслуживаетъ вниманія современнаго юриста. См. также сочиненіе, цитованное въ примѣч. 394.

quod metus causa) потерялъ свой строго-личный характеръ и его возможно было предъявить къ каждому, кто пріобрѣлъ что-нибудь по вынужденной сдѣлкѣ, хотя бы вовсе не былъ причастенъ принужденію и даже не зналъ о немъ. Если онъ отказывался выдать пріобрѣтенное, то подобно самому виновному подлежалъ штрафу вчетверо [521]). Такимъ образомъ вмѣсто *относительной* недѣйствительности сдѣлки, какъ это было сначала, была признана ея *безусловная* недѣйствительность. Напрасно было бы стараніе объяснить такой переходъ какими-либо разумными основаніями и говорить, напримѣръ, что болѣе извинительно стать объектомъ принужденія, нежели объектомъ обмана, и что потому сдѣлка вынужденная заслуживаетъ болѣе строгаго обсужденія, нежели сдѣлка обманная. Какъ ни справедливо можетъ быть такое разсужденіе, оно однако не объясняетъ намъ, почему же третьи лица, вовсе непричастныя содѣянному принужденію, должны отвѣчать за чужую вину и раздѣлять чужое несчастіе. Справедливѣе было бы иное воззрѣніе на дѣло. Практика завѣщаній пріучила юриста искать юридическое основаніе сдѣлки въ волѣ совершавшаго ее, какъ таковой; то же невольно было перенесено на договоры: юридическое основаніе договоровъ усмотрѣли въ волѣ сторонъ. Гдѣ не было свободнаго желанія заключать договоръ, тамъ вовсе не было никакого договора. Объективизмъ также сыгралъ свою роль въ этомъ преобразованіи. Юристы позабыли о соображеніяхъ, которыя вызвали первоначально недѣйствительность вынужденныхъ сдѣлокъ, привыкли къ этой недѣйствительности и стали думать, что она составляетъ непосредственное и исключительное послѣдствіе принужденія. Принужденіе, какъ таковое, безъ всякихъ иныхъ посредствующихъ причинъ, вызываетъ недѣйствительность сдѣлокъ и потому эту недѣйствительность обязаны признать всѣ лица безъ исключенія. Придти къ этому взгляду было тѣмъ легче, что принужденіе, дѣйствительно, составляетъ значительное и дерзкое нарушеніе справедливости. Обида, которую терпитъ принужденный, по своему значенію, заслонила интересы треть-

---

[521]) *Dig.* 4. 2 fr. 14 §§ 3—5.

ихъ лицъ, которыя страдали отъ признанія безусловной ничтожности сдѣлокъ [925]).

§ 244. Мы исчерпали римскихъ юристовъ по вопросамъ о значеніи ошибки и принужденія при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ. Вопросы эти—только часть болѣе общаго вопроса—объ отношеніи юридическихъ послѣдствій сдѣлки къ намѣренію сторонъ, ее совершающихъ; то же самое значеніе принадлежитъ вопросамъ объ обманѣ, шуткѣ, симуляціи. Римская юриспруденція не сразу, но постепенно, подошла къ нимъ: въ практикѣ консенсуальныхъ договоровъ возникъ вопросъ о «недобросовѣстности», который при Цицеронѣ выдѣлилъ изъ себя вопросы объ обманѣ и принужденіи (§ 152); потомъ образовался вопросъ о значеніи ошибки — сначала объ ошибкѣ въ «правѣ» (error iuris §§ 236—238), потомъ объ ошибкѣ въ «фактѣ» (error facti §§ 240 и 242); наконецъ были затронуты вопросы о шуткѣ и симуляціи (§ 241). Однако въ концѣ концовъ разрѣшеніе всѣхъ этихъ, постепенно наросшихъ вопросовъ, подчинилось одному критерію, потому что, въ сущности, все это былъ одинъ и тотъ же вопросъ,—какъ сказано выше,—вопросъ объ отношеніи юридическихъ послѣдствій сдѣлки къ намѣренію сторонъ. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, въ которомъ сказанныя послѣдствія не соотвѣтствовали намѣре-

Общій вопросъ

---

[925]) Въ нѣмецкой литературѣ существуетъ вопросъ, который слѣдуетъ признать плодомъ недоразумѣнія. Спрашиваютъ, какъ смотрѣли римскіе юристы на вынужденную сдѣлку: признавали-ли они ее существующею до тѣхъ поръ, пока она не будетъ оспорена, или же считали ее ничтожною съ самаго момента совершенія. Полагаютъ, что въ Римѣ существовали оба взгляда, и для объясненія такой двойственности приводятъ весьма различныя соображенія. Но весь вопросъ о «дѣйствительности» и «оспоримости» сдѣлокъ вообще поставленъ неправильно и въ сущности сводится на вопросъ о безусловной и условной недѣйствительности. Съ этой точки зрѣнія, дѣло не представляетъ особыхъ затрудненій, и на него слѣдуетъ смотрѣть такъ, какъ изложено нами въ текстѣ, въ связи съ отвѣтственностью третьихъ лицъ, пріобрѣвшихъ что-либо по вынужденнымъ сдѣлкамъ. Существующее недоразумѣніе привело къ тому, что въ современной догмѣ возникъ самостоятельный вопросъ о томъ, существуетъ-ли вынужденная сдѣлка, или же она ничтожна съ самаго момента ея совершенія; на разрѣшеніе этого схоластическаго вопроса затрачено безплодно не мало остроумія.

нію одной изъ сторонъ. интересъ ея требовалъ полной или частичной отмѣны сдѣлки и индивидуализмъ находилъ себѣ въ такой отмѣнѣ полное удовлетвореніе. Два рода интересовъ выступили однако противъ безграничнаго приложенія индивидуализма. Вопервыхъ, это былъ интересъ другаго контрагента, отъ котораго могъ укрыться фактъ несоотвѣтствія и который не долженъ былъ знать о немъ; это далѣе могъ быть интересъ третьихъ лицъ, уже успѣвшихъ пріобрѣсти что-либо по сдѣлкѣ, относительно которой первоначальные контрагенты подымали споръ. Вовторыхъ, интересъ самого правоваго порядка могъ говорить противъ, какъ это было по вопросу о значеніи «ошибки въ правѣ» (error iuris). Такъ выяснились основанія для приложенія объективнаго критерія рядомъ съ индивидуализмомъ. Юристу предстояло идти путемъ болѣе или менѣе искуснаго сочетанія двухъ началъ: индивидуализма и формализма (объективнаго критерія) и эту задачу, по мѣрѣ силъ, и, какъ показано выше, не безъ колебаній и не безъ противорѣчій, выполнила римская юриспруденція.

Другіе случаи ошибки.

§ 245. Что касается въ частности до ошибки, то на основаніи изложенныхъ началъ разрѣшался вопросъ только о такой ошибкѣ, которая оказалась невыгодною для ошибавшагося и потому рождала въ немъ стремленіе къ отмѣнѣ совершенной сдѣлки. Право знало многочисленные виды ошибки въ другихъ случаяхъ, но иныя начала опредѣляли тамъ ея юридическое значеніе и было бы плодомъ излишняго увлеченія соединять вмѣстѣ всѣ случаи ошибки и разсматривать ихъ подъ одною точкою зрѣнія. Чтобы указать на эти другіе случаи, скажемъ здѣсь слѣдующее. — Бывало, что ошибка, имѣя своимъ неизбѣжнымъ послѣдствіемъ ничтожность сдѣлки, порождала стремленіе превратить ничтожное въ дѣйствительное (примѣры на стр. 592). Далѣе въ случаяхъ, разсмотрѣнныхъ выше, ошибка служила какъ единственное основаніе для благопріятнаго результата, котораго добивался совершившій сдѣлку (ошибившійся). Иногда напротивъ ошибка рождала благопріятныя послѣдствія не иначе, какъ въ связи съ другими условіями. Примѣръ представляетъ давность (usucapio). Кто пріобрѣтаетъ вещь отъ не-собственника, принимая его за собственника,

тотъ можетъ пріобрѣсти на нее право собственности, провладѣвъ ею извѣстное время. Его ошибка въ результатѣ приноситъ ему выгоду, но только въ связи съ прочими условіями, которыя требовались при давности.—Знаніе того или другаго обстоятельства составляло иногда существенное условіе сдѣлки. Ошибка въ такомъ случаѣ лишала дѣйствіе его юридической силы. Такъ, отказъ отъ права предполагалъ знаніе своего права. Потому, если по ошибкѣ, я считаю свою вещь за чужую, то отъ этого не теряю своего настоящаго права.—Наконецъ выше шла рѣчь объ ошибкѣ при совершеніи *сдѣлокъ* и не касалась ошибки, которая могла происходить при совершеніи других актовъ. Отъ сдѣлокъ отличались въ этомъ отношеніи особенно тѣ акты, въ которыхъ знаніе того или другаго обстоятельства представлялось существенною частью, по опредѣленію самого права. Если совершающій актъ впадаетъ въ ошибку касательно такого обстоятельства, то самый актъ eo ipso теряетъ свое юридическое значеніе. Такъ, значеніе свидѣтельскихъ показаній, письменныхъ доказательствъ, внѣ-судебныхъ признаній, клятвы (iuramentum in litem), всякаго рода описей, оцѣнокъ, измѣреній, заключеній свѣдущихъ лицъ, — вообще всѣхъ актовъ, назначеніе которыхъ состоитъ въ удостовѣреніи чего-либо, покоится на предполагаемой ихъ достовѣрности. Ошибка, подрывая достовѣрность, лишаетъ ихъ силы. Если я по заблужденію присягну въ томъ, что я патронъ, не будучи таковымъ, — говоритъ юристъ, — то я не стану оттого патрономъ, quia iusiurandum patronum non facit. Подобно этому ошибка, въ смыслѣ неумышленности дѣянія, отнимала у преступленій и другихъ неблаговидныхъ дѣйствій ихъ уголовный характеръ. Кто присвоиваетъ себѣ чужую вещь, принимая ее за свою, тотъ не наказывается за воровство или за насиліе; кто женится на вдовѣ, не зная, что не прошло еще года со смерти ея мужа, тотъ не подвергается безчестію; кто дастъ взаймы чужому сыну, состоящему еще подъ родительскою властью, принимая его за лицо самостоятельное, тотъ не лишается окончательно права на обратное полученіе денегъ (sc. Macedonianum), — потому что въ этихъ и другихъ, подобныхъ имъ случаяхъ,

невыгодныя послѣдствія акта обусловлены непосредственно его предумышленностью. Ошибка устраняетъ предумышленность. — Бывали еще случаи, когда съ знаніемъ объ опредѣленномъ событіи начиналось теченіе срока, назначеннаго для пріобрѣтенія или потери какихъ-либо правъ. Такъ, срокъ для представленія ходатайства объ освобожденіи отъ опекунской обязанности (excusatio) начинается съ того времени, когда назначенный въ опекуны узнаетъ о своемъ назначеніи; срокъ для предъявленія требованія о bonorum possessio исчисляется съ того дня, когда наслѣдникъ узнаетъ о смерти наслѣдодателя и о самомъ основаніи къ наслѣдованію (завѣщаніе, родство и т. п.); точно такъ же срокъ для составленія наслѣдственнаго инвентаря считается со дня, когда наслѣдникъ узнаетъ о смерти наслѣдодателя (расп. имп. Юстиніана); срокъ погашающей давности начинается со времени, когда истецъ узналъ о правонарушеніи. Во всѣхъ этихъ случаяхъ ошибка, незнаніе устраняла вчинаніе самаго срока.

XXII.

Личное и общее обладаніе.

I. Начало личнаго обладанія въ его крайнихъ проявленіяхъ.

§ 246. Не трудно понять, что прогрессивное развитіе частной собственности было и ближайшей причиной, и непосредственнымъ результатомъ того многосторонняго движенія, охватить которое мы пытались въ длинномъ рядѣ предшествующихъ главъ. Стремленіе къ личному, частному обладанію стимулировало гражданскій оборотъ, и каждый шагъ какъ въ смыслѣ расширенія этого оборота, такъ и въ смыслѣ его облегченія и обогащенія новыми формами, въ свою очередь, создавалъ новую пищу для сказаннаго стремленія. Принципъ, названный выше индивидуализмомъ (гл. XX), служилъ непосредственно этой цѣли; тамъ, гдѣ онъ оказывался безсильнымъ, — его роль переходила къ формализму (стр. 586 сл.). Время имперіи было для Рима временемъ высшаго развитія частной собственности.

Развитіе частной собственности.

Оно сказалось прежде всего въ томъ обстоятельствѣ, что наибольшая часть вещей, доступныхъ для обладанія, перешла именно въ частную собственность отдѣльныхъ лицъ. Сообразно съ этимъ у юристовъ образовалось то воззрѣніе, что принадлежность вещи кому-либо на правѣ частной собственности есть ея наиболѣе нормальное положеніе. Съ этой точки зрѣнія юристъ дѣлилъ всѣ вещи на двѣ категоріи; на состоящія въ «нашей собственности» (res in nostro patrimonio) и не со-

Нормальное положеніе вещи.

состоящія въ ней (res extra nostrum patrimonium), при чемъ вторая категорія не имѣла своего общаго положительнаго обозначенія [926]). Ко второй категоріи причислялись вещи, которыя не находились въ собственности единичныхъ лицъ; таковы были всѣ вещи «божественнаго» права (res divini iuris): храмы съ ихъ принадлежностями (res sacrae), мѣста погребеній (res religiosae) и различные предметы съ священнымъ значеніемъ: городскія стѣны, пограничные знаки и т. п. (res sanctae); изъ вещей «человѣческаго» права (res humani iuris) юристъ относилъ къ той же категоріи вещи, такъ или иначе принадлежащія государству и общинамъ (res publicae). Обо всѣхъ этихъ вещахъ онъ говорилъ, что онѣ суть «ничьи» вещи (res nullius), — обозначеніе невѣрное (потому что всѣ онѣ имѣли опредѣленное назначеніе, которое защищалось правомъ), но характеризующее взглядъ юриста на нормальное положеніе вещей: что не состояло въ личной собственности, то представлялось ему «ничьимъ».

Производный факторъ собственности.

Взгляду юриспруденціи соотвѣтствовало настроеніе общества. Каждый институтъ права въ продолженіи своего вѣковаго существованія воспитываетъ въ членахъ общества соотвѣтствующія чувства и стремленія и потомъ самое существованіе института въ значительной степени опирается уже на эти чувства и стремленія. Такъ и право собственности воспитало, вопервыхъ, стремленіе каждаго вообще къ личному пріобрѣтенію, вовторыхъ,—стремленіе каждаго собственника къ новымъ пріобрѣтеніямъ на основаніи своего права, и втретьихъ, — стремленіе каждаго собственника, въ случаѣ соприкосновенія его вещи съ чужими вещами, къ удержанію своего за собою при возможно бо̀льшемъ игнорированіи интересовъ другихъ лицъ (ср. стр. 455, 578). Какъ относилась къ этимъ стремленіямъ гражданско-правовая власть? Въ рядѣ случаевъ это отношеніе было благосклонное; рядъ юридическихъ нормъ вытекалъ непосредственно изъ этого источника.

Оккупація.

§ 247. Отъ «ничьихъ» вещей въ вышеприведенномъ смыслѣ надо отличать дѣйствительно ничьи вещи (res nullius), т.-е.

---

[926]) *Gai.* II. 1; ср. *Inst.* 2. 1 § 1.

такія, которыя не имѣютъ никакого обладателя, никакого юридическаго назначенія. Съ точки зрѣнія господствовавшаго воззрѣнія на нормальное положенія вещей, положеніе такихъ личныхъ вещей казалось наименѣе нормальнымъ; съ другой стороны, господствовавшее въ обществѣ стремленіе каждаго къ личному пріобрѣтенію подсказывало желательный исходъ: первый, кто овладѣвалъ ею, объявлялся ея собственникомъ,— способъ пріобрѣтенія, названный оккупаціей (occupatio) [927]). Издавна уже могли пріобрѣтаться такимъ образомъ дикіе звѣри, рыбы, птицы (omnia quae terra mari caelo capiuntur) хотя, что касается до юристовъ, они спорили о моментѣ, въ который возникаетъ право на пойманныхъ дикихъ звѣрей [928]); такъ же пріобрѣтались вещи, брошенныя ихъ прежнимъ хозяиномъ (res derelictae), и вещи непріятельскія (res hostiles), о которыхъ мы знаемъ, что встарину они обращались въ собственность государственную или войсковую (стр. 49, 54 сл.). «Общепринятое убѣжденіе въ важномъ значеніи, принадлежавшемъ будто-бы оккупаціи въ первыя времена цивилизаціи, противорѣчитъ истинѣ. Оккупація есть физическій и сознательный захватъ владѣнія; утвержденіе же, что подобный актъ даетъ основаніе для права собственности на предметы, никому не принадлежащіе, далеко не согласуется со строемъ первобытнаго общества и составляетъ по всей вѣроятности, произведеніе усовершенствовавшейся юриспруденціи и развитаго права. Когда право собственности было уже освящено продолжительнымъ соблюденіемъ его, и бо́льшая часть предметовъ пользованія перешла въ частную собственность, только тогда приписали простому овладѣнію способность оставлять вещь, не имѣвшую еще собственника, за первымъ владѣльцемъ ея. Чувство, родившее этотъ взглядъ, совершенно несовмѣстимо съ рѣдкостью и необезпеченностью права собственности, въ началѣ цивилизаціи. Кажется, что настоящее основаніе оккупаціи, какъ способа пріобрѣтенія, заключается не въ

---

[927]) *Gai.* II. 66—69; *Dig.* 41. 1 fr. 1 § 1—7 pr.; fr. 44, 51 § 1; *Inst.* 2. 1 §§ 12—18, 47.

[928]) *Dig.* 41. 1 fr. 5 § 1.

инстинктивномъ стремленіи къ установленію собственности, но въ томъ предположеніи, обусловленномъ долгимъ существованіемъ этого института, что каждый предметъ долженъ имѣть собственника. Когда дѣло касается владѣнія ничьею вещью, т.-е. вещью, которая не имѣетъ или никогда не имѣла собственника, тогда владѣльцу ея дозволяется сдѣлаться собственникомъ, потому что предполагается, что каждый полезный предметъ долженъ служить чьему-либо исключительному пользованію, а въ данномъ случаѣ не существуетъ помимо владѣльца другаго лица, которому могла бы быть отдана собственность. Резюмируя сказанное,—первый владѣлецъ становится собственникомъ ничьей вещи потому, что предполагаютъ, что каждая вещь должна состоять въ чьей-либо собственности, и не замѣчаютъ никого, кто имѣлъ бы на присвоеніе вещи болѣе основаній, чѣмъ владѣлецъ ея» (Мэнъ).—Можно прослѣдить постепенное развитіе оккупаціи въ теченіи самой имперіи. Если въ общественной рѣкѣ (flumen publicum) возникалъ новый островъ (insula nata), то, по мнѣнію Лабеона, онъ составлялъ общественное достояніе [929]; но у позднѣйшихъ юристовъ такой островъ, равно какъ русло, оставленное рѣкою (alveus derelictus), предоставлялся въ собственность первому завладѣвшему, — именно тогда, когда прибрежныя владѣнія относились къ разряду agri limitati [930]; такъ назывались участки земли, которые были отмежеваны изъ пространства, взятаго у непріятеля (ср. стр. 49).

Въ другихъ случахъ стремленіе каждаго къ личному пріобрѣтенію сталкивалось со вторымъ, изъ числа намѣченныхъ выше стремленій: каждый, кто имѣлъ уже какую-нибудь собственность (особенно недвижимую), желалъ во что-бы то ни стало воспользоваться своимъ положеніемъ, какъ собственника, для новыхъ пріобрѣтеній. Онъ могъ запретить охоту въ предѣлахъ своего участка [931]) и въ такомъ случаѣ нарушитель его запрещенія хотя и оккупировалъ свою добычу, но

---

[929]) *Dig.* 41. 1 fr. 65 § 4.
[930]) *Dig.* 43 12 fr. 1 §§ 6 7; ср. 41. 1 fr. 16
[931]) *Dig.* 41. 1 fr. 3 § 1.

отвѣтствовалъ, вѣроятно, по a. iniuriarum. Когда отыскивали кладъ (thensaurus) [932]), то, согласно съ императорскими постановленіями II вѣка, половина клада доставалась находчику, другая же отдавалась собственнику того участка, въ предѣлахъ котораго кладъ былъ найденъ; подъ кладомъ разумѣлось—сокровище (деньги и др.), спрятанное въ старое время и неизвѣстно кѣмъ, такъ что настоящій собственникъ его былъ неизвѣстенъ. Пріобрѣтеніе собственника распространялось на весь кладъ, если находчикъ, безъ его разрѣшенія, предпринималъ для отысканія клада особые розыски. Новый островъ, который возникъ въ общественной рѣкѣ (insula in flumine publico nata) [933]), равно русло, оставленное такою рѣкою (alveus derelictus, mutatus) [934]), предоставлялись собственникамъ прибрежныхъ участковъ, — если эти послѣдніе не относились къ числу agri limitati (стр. 618). Такъ собственникъ недвижимости, въ силу одного своего положенія, пріобрѣталъ вещи, до него никому не принадлежавшія. Подобное же мы встрѣчаемъ еще въ одномъ случаѣ. Если вода намывала постепенно землю къ берегу, такъ что происходило медленное приращеніе прибрежнаго владѣнія (alluvio) [935]), то, за исключеніемъ agri limitati, намытое принадлежало собственнику участка. Впрочемъ, помимо стремленія собственника къ пріобрѣтенію, другія соображенія могли еще оправдать этотъ способъ. По Гаю, намывъ происходитъ незамѣтно для глазъ; стало быть, безъ особыхъ мѣръ невозможно было бы разграничивать каждый разъ старое владѣніе отъ намытаго. Кромѣ того положеніе участка близь берега составляетъ обыкновенно важное качество его въ хозяйственномъ отношеніи; было бы несправедливо въ каждомъ случаѣ намыва лишать участокъ этого качества, отдавая намытое пространство постороннему лицу, не-собственнику участка.

Пріобрѣтеніе клада.

Insula nata и проч.

Alluvio.

---

[932]) *Inst.* 2. 1 fr. 39 (Адріанъ); *Dig.* 49. 14 fr. 3 § 10 (divi fratres); 41. 1 fr. 31 § 1; *Cod.* 10. 15 (474 г.).

[933]) *Gai.* II. 72; *Dig.* 41. 1 fr. 7 § 3, 29, 56 pr., 65 §§ 2. 3 ср. 30 § 1; *Inst.* 2. 1 § 22.

[934]) *Inst.* 2. 1 § 23; *Dig.* 41. 1 fr. 7 § 5, 30 §§ 1. 2; особые случаи: fr. 38, 56 § 1.

[935]) *Gai.* II. 70; *Dig.* 41. 1 fr. 7 § 1; *Inst.* 2. 1 § 20.

§ 248. Стремленіе собственника къ новымъ пріобрѣтеніямъ встрѣчало ограниченія, какъ скоро становилось въ разрѣзъ съ чьимъ-либо интересомъ. Въ вышеприведенныхъ случаяхъ предметомъ пріобрѣтенія служила новая вещь; но могло произойти, что собственникъ какъ недвижимости, такъ и движимости, поставлялся въ близкое соприкосновеніе съ другою вещью, уже принадлежавшею кому-нибудь. По вопросу о принадлежности обѣихъ вещей легко возникала коллизія двухъ противоположныхъ интересовъ; какое-нибудь новое, постороннее этимъ интересамъ, соображеніе справедливости призывалось для разрѣшенія коллизіи. Если рѣка отрывала часть прибрежной земли, унося ее въ другое мѣсто (т. н. avulsio)[936]), то оторванное пространство продолжало принадлежать своему прежнему собственнику; но если оторванный кусокъ прирасталъ къ чужому участку, то собственникъ этого послѣдняго становился и его собственникомъ. Очевидно, этотъ способъ пріобрѣтенія, по своимъ основаніямъ, имѣлъ много общаго съ пріобрѣтеніемъ намыва (alluvio): казалось несправедливымъ отодвигать отъ воды тотъ участокъ, къ которому приросло принесенное водою пространство, а потерявшая сторона приглашалась подчиниться произволу случая.—Собственнику недвижимости принадлежало все построенное (т. н. inaedificatio)[937]), посаженное (т. н. plantatio)[938]) и посѣянное (т. н. satio)[939]) на его землѣ, — безъ различія кто бы ни сдѣлалъ это, самъ-ли собственникъ или другое лицо; впрочемъ добросовѣстный владѣлецъ чужаго имѣнія вознаграждался за истраченное имъ на постройку, посадку и посѣвъ, такъ какъ это составляло полезныя издержки (impensae utiles, стр. 510 сл.). Недвижимость представлялась важнѣе движимости и, за исключеніемъ случая давности (§ 219 сл.), не давалось возможности присвоить чужую землю путемъ ея обработки; стремленіе собственника сѣменъ и т. д. воспользоваться плодами ихъ отступало предъ стремленіемъ собствен-

Avulsio.

Inaedificatio и друг.

936) *Gai.* II. 71; *Dig.* 41. 1 fr. 7 § 2; *Inst.* 2. 1 § 21.
937) *Gai.* II. 73; *Dig.* 41. 1 fr. 7 §§ 10–12; *Inst.* 2. 1 § 29. 30.
938) *Gai.* II. 74; *Dig.* 41. 1 fr. 7 § 13, 26 § 1; *Inst.* 2. 1 § 31.
939) *Gai.* II. 75; *Dig.* 41. 1 fr. 9 pr.; *Inst.* 2. 1 § 32.

ника земли сохранить надъ нею свое господство неограниченнымъ. Вмѣсто относительной важности вещей (недвижимостей и движимостей), при разрѣшеніи данной коллизіи, конечно, можно было бы руководиться и другимъ критеріемъ, принявъ въ соображеніе, напр., интересы труда (интересы того, кто построилъ, посѣялъ и т. д.) и тогда все рѣшеніе получило бы иное направленіе; но эти интересы не призывались въ данномъ случаѣ, такъ что въ концѣ концовъ право удовлетворяло стремленію собственника вещи, наиболѣе важной, удержать, во что бы то ни стало, свою вещь за собою и сохранить на нее неограниченное господство.—Тотъ же исходъ встрѣчается въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ. Если матерія одного лица окрашена пурпуромъ другаго, то собственнику пурпура отдается самая матерія, потому что пурпуръ дороже матеріи [940]; если что-либо написано на чужомъ пергаментѣ или нарисовано на чужой доскѣ, то собственникъ пергамента или доска пріобрѣтала и написанное, и нарисованное [941]. Во всѣхъ случаяхъ пріобрѣтатель обязывался вознаградить другую сторону за потерянную матерію, пергаментъ, доску; напротивъ трудъ писца и живописца не принимался во вниманіе, можетъ быть, потому, что обыкновенно это былъ трудъ раба.— Въ извѣстномъ взглядѣ сабиніанцевъ на спецификацію (стр. 477) также выразилось стремленіе собственника удержать свою вещь во что бы то ни стало; но во взглядѣ на тотъ же предметъ прокуліанцевъ мы вправѣ усмотрѣть уваженіе къ интересамъ труда. Относительно картины, написанной на чужой доскѣ, среди юристовъ имперіи существовала контраверза, подобная той, которая раздѣляла ихъ по вопросу о спецификаціи; и Юстиніанъ постановилъ, что картина должна принадлежать писавшему ее.

Scriptura и друг.

Specificatio.

Пріобрѣтеніе плодовъ.

Поучительны еще рѣшенія юристовъ по вопросу о принадлежности естественныхъ произведеній вещи (fructus: плоды съ дерева, урожай съ поля, приплодъ скота и т. п.) [942].

---

940) *Dig.* 41. 1 fr. 26 § 2; *Inst.* 2. 1 § 26.

941) *Gai.* II. 77. 78; *Dig.* 6. 1 fr. 23 § 3; *Inst.* 21. 1 §§ 33. 34.

942) *Dig.* 7. 4 fr. 13; 22. 1 fr. 25 § 1; 41. 1 fr. 48;—39. 5 fr. 6; 19. 5 fr. 16 pr.; 47. 2 fr. 61 § 8.

Понятно, что плодъ, который не отдѣлился еще отъ производящей вещи, считался собственностью ея собственника, что по отдѣленіи своемъ отъ вещи (separatio), составляя новую вещь, онъ переходилъ въ его же собственность или же тѣмъ или другимъ способомъ предоставлялся тому лицу, для котораго предназначался по волѣ самого собственника (къ нанимателю, узуфруктуарію и т. п.). Но кому отдать плодъ, когда производящая вещь состояла въ чужомъ владѣніи помимо воли собственника? Интересъ вопроса состоялъ въ томъ, что владѣлецъ легко могъ передать (обыкновенно по куплѣ-продажѣ) полученные плоды въ третьи руки, и какой бы переполохъ произошелъ тогда, если бы собственникъ вещи вздумалъ виндировать изъ этихъ рукъ свои плоды! Отличая добросовѣстнаго владѣльца отъ недобросовѣстнаго, юристы признали, что первый изъ нихъ, подобно самому собственнику, пріобрѣтаетъ плоды съ момента ихъ отдѣленія (separatio). Такое правило могло выработаться уже въ практикѣ бонитарнаго обладанія (стр. 440), которое вообще послужило прототипомъ для права добросовѣстнаго владѣнія (§ 228), и въ значительной степени удовлетворило практическимъ нуждамъ оборота, такъ какъ добросовѣстность наибольшаго числа владѣльцевъ должна была оставаться обыкновенно внѣ спора. Однако самое различіе добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣнія было въ настоящемъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, только уступкою эгоизму собственниковъ. Юстиніанъ, говоря о пріобрѣтеніи плодовъ добросовѣстными владѣльцами, сослался на интересъ труда [943]), но эта неосновательная ссылка ни мало не измѣнила существа дѣла. Съ точки зрѣнія труда, положеніе всѣхъ владѣльцевъ было бы одинаково, и также не зачѣмъ было бы отличать отъ добросовѣстнаго владѣльца такихъ пріобрѣтателей, каковы наниматель и узуфруктуарій; между тѣмъ объ этихъ послѣднихъ лицахъ юристы полагали, что они, въ отличіе отъ добросовѣстнаго владѣльца (который пріобрѣталъ плоды въ моментъ ихъ отдѣленія), пріобрѣтаютъ только съ момента овладѣнія плодами (perceptio). Съ точки

---

[943]) *Inst.* 2. 1 fr. 35: fructus... eius esse pro cultura et cura.

зрѣнія интересовъ гражданскаго оборота положеніе всѣхъ названныхъ лицъ тоже должно было бы казаться одинаковымъ. Напротивъ неодинаково было оно съ точки зрѣнія эгоизма собственника, стремившагося во что бы то ни стало удержать за собою какъ самую вещь, такъ и ея произведенія. Кто завѣдомо посягалъ на чужое имѣніе (какъ недобросовѣстный владѣлецъ), тотъ былъ прямо враждебенъ принципу собственности и потому не пріобрѣталъ ничего; кто завѣдомо (какъ наниматель, узуфруктуаръ) получалъ что-либо изъ чужаго имѣнія, тотъ достигалъ этого съ бо́льшимъ трудомъ (чрезъ perceptio), чѣмъ тотъ, кто добросовѣстно принималъ чужое имѣніе за свое. Самое различеніе двухъ моментовъ пріобрѣтенія: separatio и perceptio, не имѣло, какъ кажется, особеннаго практическаго значенія, и на дѣлѣ оба момента зачастую должны были совпадать вмѣстѣ,—причина, почему сами юристы не были очень точны въ своей терминологіи и взамѣнъ одного термина употребляли другой. Различеніе обоихъ моментовъ было доктринальнаго происхожденія. Для узуфруктуарія и нанимателя овладѣнія плодами (perceptio) имѣло значеніе традиціи, на которую собственникъ заранѣе изъявилъ свое согласіе; пріобрѣтеніе же плодовъ владѣльцемъ вещи въ моментъ ихъ отдѣленія (separatio) не подводилось ни подъ одинъ изъ числа прочихъ способовъ.

§ 249. Покровительство, которое гражданско-правовая власть оказывала стремленію къ личному пріобрѣтенію, въ его трехъ, перечисленныхъ выше (§ 246) формахъ, сказалось наконецъ въ самомъ пониманіи правомочій собственника. Разумѣется, и для римскаго права не годится то безусловное опредѣленіе, которое гласитъ, что право собственности есть неограниченное и полное юридическое господство лица надъ вещью; но справедливо сказать, что это право было менѣе ограниченное и болѣе полное господство, чѣмъ какое-либо другое—въ правѣ, и что въ періодѣ развитія и процвѣтанія собственности постоянно дѣйствовала тенденція сдѣлать ее господствомъ, возможно болѣе неограниченнымъ и полнымъ. Постепенно росла свобода пользованія и распоряженія своею вещью; свобода договора вообще и завѣщанія была непосредственнымъ про-

Правомочія собственника.

явленіемъ свободы распоряженія, предоставленной собственнику. Важное условіе развитія этой свободы состояло въ томъ, что съ теченіемъ времени между областью права и правами была проведена грань, гораздо болѣе рѣзкая, чѣмъ она была въ началѣ, такъ что, въ глазахъ юриста, по большей части только юридическія ограниченія получали обязательную силу. Бытовой контроль надъ юридическими дѣйствіями отдѣльныхъ лицъ ослабѣлъ до крайности, письменныя и тайныя сдѣлки устранили всякую возможность его проявленія, и индивидуализму былъ открытъ полный просторъ при совершеніи сдѣлокъ, благодаря устраненію почти всѣхъ обязательныхъ формальностей. Если обладатель вещи былъ правоспособенъ и дѣеспособенъ, если вещь не была изъята изъ гражданскаго оборота, то открывалось широкое поле для возможныхъ юридическихъ дѣйствій. Эгоизмъ получилъ формальное юридическое признаніе. «Кто пользуется своимъ правомъ, тотъ не обвиняется въ злоумышленіи (dolus), въ нанесеніи вреда другому (damnum), въ насиліи (vis)», говорили юристы [944]). «Согласно съ самою природою (naturaliter) право дозволяетъ покупщику заботиться о томъ, чтобы купить подешевле то, что́ стоитъ дорого, и продавцу—продать подороже то, что́ стоитъ дешево, и такимъ образомъ прижимать другъ друга; такъ же и въ наймѣ» [945]).

Залоговое право.

§ 250. Интересъ собственника соблюдался по мѣрѣ возможности и тамъ, гдѣ другіе интересы справедливо требовали ограниченія его правомочій. Одну и ту же практическую цѣль возможно было достигнуть различными формами ограниченій и форма, легчайшая для собственника, представлялось наиболѣе предпочтительною,— хотя не всегда такую форму юриспруденціи удавалось найти сразу. Характеристичный примѣръ тому представляетъ исторія залоговаго права. Сначала для залога была указана форма фидуціи: должникъ обезпечивалъ предъ кредиторомъ свою исправность тѣмъ, что отдавалъ ему свою вещь во временную собственность (стр. 217); потомъ,

Фидуція. Pignus.

944) *Dig.* 50. 17 fr. 55, 151, 155 § 1.
945) *Dig.* 19. 2 fr. 22 § 3.

по заголовому договору (стр. 304), кредиторъ пріобрѣталъ только держаніе вещи, которое позднѣе получило однако характеръ юридическаго владѣнія (стр. 568). Во второмъ случаѣ положеніе должника было выгоднѣе, чѣмъ при фидуціи, въ томъ отношеніи, что въ его власти оставалось самое право собственности на вещь. При наймѣ сельскихъ имуществъ вошло въ обычай, что наниматель (арендаторъ) закладывалъ помѣщику свой инвентарь (invecta et illata) въ обезпеченіе принятыхъ на себя обязательствъ; въ этомъ случаѣ кредиторъ (помѣщикъ) становился въ положеніе залогопринимателя безъ всякаго фактическаго обладанія вещами и только въ случаѣ неисправности своего должника (арендатора) получалъ противъ него иски: int. Salvianum [946])—какъ провизорное, владѣльческое средство защиты (стр. 557; истецъ приглашался доказать, что вещь заложена ему *владѣльцемъ* ея), и a. Serviana [947]), какъ окончательное судебное средство (истецъ приглашался доказать, что вещь заложена ему *собственникомъ* ея). Путемъ этихъ исковъ кредиторъ вытребовывалъ себѣ владѣніе заложеннымъ имуществомъ; выгода всей формы залога для собственника вещи (должника), очевидно, состояла въ томъ, что до наступленія момента судебной отвѣтственности онъ сохранялъ за собою владѣніе, а, стало-быть, пользовался вещью. Авторитетъ греческаго права поддержалъ эту новую, по порядку третью форму залога, и она, подъ именемъ гипотеки (искъ: a. quasi—Serviana или a. hypothecaria), была распространена на всѣ имущества, употребляясь въ особенности при залогѣ недвижимостей. Свобода собственника гарантировалась въ гипотекѣ наиболѣе, чѣмъ въ другихъ формахъ: онъ оставался и собственникомъ и владѣльцемъ вещи; ему предоставлялось заложить одну и ту же вещь по частямъ и многимъ лицамъ; все продажное—вещи и права (ср. примѣч. 273)—могло быть предметомъ залога.—Какъ же согласовался съ этимъ постепеннымъ расширеніемъ свободы собственника въ залогѣ—интересъ залогопринимателя? Вначалѣ значеніе залоговаго

invecta et illata.

гипотека.

946) *Gai.* IV. 147; *Dig.* 43. 33; *Cod.* 8. 9.
947) *Inst.* 4. 6 § 7.

права сводилось къ тому, что, удерживая вещь у себя, кредиторъ понуждалъ этимъ своего должника къ уплатѣ; но по особому соглашенію съ нимъ кредиторъ могъ выговорить себѣ право—продать заложенное и удовлетворить себя выручкою [948]) и такой порядокъ господствовалъ, повидимому, еще въ началѣ II стол. по Р. X. Практика гипотеки должна была измѣнить его; какъ скоро заложенная вещь не передавалась въ руки кредитора, залогъ терялъ свое понудительное дѣйствіе и требовалось принятіе какихъ-либо болѣе рѣшительныхъ мѣръ. Юристы признали, что право кредитора, въ случаѣ неисправности должника, продать заложенную вещь подразумѣвается само собою, если только стороны не договорились открыто о противномъ, и наконецъ сказанное право было предоставлено кредитору даже тогда, когда въ договорѣ было постановлено иначе. Другими словами, въ правѣ продажи заложенной вещи признали существенную часть сдѣлки, не подлежавшую произвольной отмѣнѣ; отъ кредитора требовалось лишь троекратное оповѣщеніе должника, когда онъ приступалъ къ продажѣ вопреки договору [949]). Въ 326 г. имп. Константинъ запретилъ договариваться о томъ, чтобы въ случаѣ неисправности должника заложенная вещь безъ продажи поступала въ собственность кредитора (lex commissoria) [950]); другими словами, продажа вещи кредиторомъ въ случаѣ неисправности должника превратилась въ единственное средство удовлетворенія, — мѣра, очевидно, принятая въ интересахъ должника - собственника. Такъ до конца законодатель не упускалъ изъ виду этихъ интересовъ. — Иски: a. Serviana и a. quasi—Serviana или hypothecaria принадлежали къ числу вещныхъ исковъ, т. е. имѣли силу противъ каждаго обладателя заложенной вещи; гипотека, подобно сервитутамъ, была правомъ въ чужой вещи (ius in re), но не простымъ отношеніемъ по обязательству,—и въ этомъ обстоятельствѣ крылось главное обезпеченіе гипотекарнаго владѣльца, которое вполнѣ

---

948) См. выше, стр. 219; также *Gai*. II. 64; *Dig*. 47. 2 fr. 73.
949) *Dig*. 13. 7 fr. 4.
950) *Cod*. 8. 34 (35) 1. 3.

примиряло его со всѣми льготами, предоставленными въ то же время должнику-собственнику. Но то же обстоятельство развязывало руки и собственнику. Право продажи и вещное дѣйствіе гипотечнаго иска ограничивали правомочія собственника ровно настолько, насколько требовалось это интересами гипотечнаго владѣльца, оставляя должнику-собственнику значительную свободу дѣйствій, какъ относительно пользованія, такъ и распоряженія вещью: пока кредиторъ не получитъ повода и не пожелаетъ продать заложенную вещь, ею свободно пользуется и распоряжается должникъ; онъ могъ свободно отчудить ее (продать, подарить и т. д.) и кредиторъ былъ обезпеченъ на этотъ случай вещнымъ дѣйствіемъ своего иска, который, какъ сказано, имѣлъ силу противъ каждаго обладателя заложенной вещи.

II. Предѣлы личнаго обладанія.

1. *Естественные предѣлы.*

§ 251. «Противное законамъ природы не можетъ быть установлено никакимъ предписаніемъ» [951]). Юридическое владычество не имѣетъ мѣста тамъ, гдѣ не существуетъ или потеряна физическая возможность господства. Такъ, «природа», т. е. физическая недоступность предмета для личнаго обладанія исключаетъ его вовсе изъ области гражданскаго оборота [952]); таково море [953]). Пользованіе и распоряженіе вещью, которая состоитъ въ личномъ обладаніи, не простираются за предѣлы возможности; физическое уничтоженіе вещи влечетъ за собою прекращеніе всѣхъ правъ, такъ или иначе къ ней относящихся [954]); возвращеніе на свободу (in naturalem libertatem) пойманнаго дикаго звѣря уничтожаетъ право собственности того лица, которое оккупировало передъ тѣмъ это жи-

---

[951]) *Dig.* 50. 17 fr. 188 § 1.
[952]) *Dig.* 18. 1 fr. 34 § 1.
[953]) *Dig.* 1. 8 fr. 2 § 1; 8. 4 fr. 13 pr.; *Inst.* 2. 1 § 1.
[954]) *Dig.* 46. 3 fr. 107.

вотное [955]); вообще продолженіе и прекращеніе права собственности на животныхъ находится въ той или другой зависимости отъ «природы» этихъ животныхъ [956]). Далѣе только возможное можетъ быть предметомъ обязательства [957]; обязательство ничтожно, буде обѣщано невозможное [958]), напр., продана не существующая вещь.

Римскіе юристы придавали всѣмъ этимъ положеніямъ значеніе юридическихъ нормъ; вѣрнѣе было бы признать въ нихъ простое констатированіе естественнаго факта. Но въ иныхъ случаяхъ этотъ фактъ подавалъ поводъ и къ формулированію юридическихъ нормъ; именно, на нѣкоторые вопросы, которые соприкасались съ нимъ, разрѣшеніе не указывалось само собою естественнымъ порядкомъ вещей, и требовалось ихъ юридическое разрѣшеніе. Такъ именно было въ области обязательствъ. Прежде всего былъ интересъ придать условное содержаніе самому понятію: невозможность. Когда должникъ не могъ исполнить своего обязательства по личнымъ недостаткамъ (напр., по неопытности) или по бѣдности, то, строго говоря, и здѣсь причиною неисполненія была невозможность; однако право оцѣнивало такіе случаи иначе и сохраняло въ нихъ отвѣтственность лица. Только объективная невозможность признавалась таковою юридически; напротивъ субъективная невозможность не устраняла отвѣтственности. Граница между тою и другою не была ясна одинаково во всѣхъ случаяхъ и, чтобы провести ее, требовалось иной разъ размышленіе [959]).— Объективная невозможность наступала нерѣдко по винѣ самого должника, напр., по его винѣ гибла вещь, и тогда выступало новое основаніе для отвѣтственности: dolus, culpa (§§ 206, 208).— Или объективная невозможность наступала безъ всякой вины заинтересованныхъ сторонъ; если дѣло касалось двусторонняго обязательства, то спрашивалось, обѣ-

---

[955]) *Dig*. 41. 1 fr. 3 § 2.

[956]) *Dig*. 41. 1 fr. 3 §§ 2—6.

[957]) *Dig*. 45. 1 fr. 83 § 5; 50. 17 fr. 31, fr. 185.

[958]) *Dig*. 18. 1 fr. 15 pr.; 44. 7 fr. 1 § 9; 45. 1 fr. 35 pr., fr. 69; *Inst*. 3. 19 § 1.

[959]) См. примѣры: *Dig*. 45. 1 fr. 137 §§ 4. 5; *Dig*. 18. 4 fr. 8.

ли стороны или только одна изъ нихъ освобождаются отъ своихъ обязанностей. Таковъ былъ вопросъ о periculum при куплѣ-продажѣ (стр. 282) и наймѣ (стр. 290).—Нѣкоторое затрудненіе возникало также тогда, когда право было установлено подъ условіемъ, а самое условіе было невозможное; мы видѣли, какъ юристы отнеслись къ этому вопросу (стр. 475). Мнѣніе сабиніанцевъ обратилось со временемъ въ господствующее [960]).

Понятно, что обязательство оставалось невозможнымъ независимо оттого, знали или нѣтъ стороны объ его невозможности, предвидѣли онѣ или не предвидѣли ее. Но знаніе и незнаніе могли въ этомъ случаѣ повлечь къ особымъ юридическимъ послѣдствіямъ. Когда, напр., кто-либо продавалъ другому лицу вещь, которая на самомъ дѣлѣ не существовала, и покупатель не зналъ объ этомъ послѣднемъ обстоятельствѣ, то онъ могъ потребовать себѣ удовлетвореніе отъ продавца; продавецъ долженъ былъ, вопервыхъ, возвратить ему покупную плату, если она была уже уплачена и, вовторыхъ, возмѣстить тѣ расходы, которые покупатель сдѣлалъ въ видахъ пріобрѣтенія купленной вещи. Такъ именно разрѣшилъ юристъ случай продажи наслѣдства, на самомъ дѣлѣ несуществующаго [961]), и отличилъ этотъ случай отъ другаго, когда кто-либо продавалъ при тѣхъ же обстоятельствахъ наслѣдство, существующее, но ему не принадлежащее. Во второмъ случаѣ сдѣлка считалась дѣйствительною (примѣч. 279) и продавецъ обязывался вознаградить покупателя въ полномъ размѣрѣ потеряннаго интереса. Употребляя современную терминологію, мы должны сказать, что въ первомъ изъ приведенныхъ случаевъ юристъ опредѣлилъ взысканіе «отрицательнаго», а во второмъ — взысканіе «положительнаго» интереса (прим. 923 на стран. 609).

Отъ приведенныхъ случаевъ надо отличать другой, когда сторонамъ неизвѣстно, что вещь, о которой онѣ договариваются, на самомъ дѣлѣ истреблена *отчасти*. Здѣсь вопросъ о

---

[960]) *Inst.* 2. 14 § 10 и друг.
[961]) *Dig.* 8. 4 fr. 8.

дѣйствительности сдѣлки не разрѣшается самъ собою и юристъ принимаетъ за мѣрило, вопервыхъ, то обстоятельство, — въ какой мѣрѣ послѣдовало истребленіе вещи, а, вовторыхъ, кто изъ сторонъ зналъ или не зналъ о происшедшемъ. E покупаетъ у V домъ, который уже сгорѣлъ, но оба, и продавецъ и покупатель, не знаютъ объ этомъ обстоятельствѣ; если домъ сгорѣлъ не болѣе, чѣмъ на половину, то сдѣлка остается въ силѣ, но покупная плата уменьшается соразмѣрно потерѣ; если же сгорѣла бо́льшая часть дома, то сдѣлка уничтожается и вся плата возвращается покупателю. Когда о пожарѣ зналъ V, но не зналъ E, то сдѣлка дѣйствительна, если уцѣлѣла хоть какая-нибудь часть дома; покупатель же вознаграждается продавцомъ по оцѣнкѣ. Когда, наоборотъ, E зналъ о пожарѣ, а V оставался въ неизвѣстности, то сдѣлка сохраняла вполнѣ свою силу и покупатель не получалъ никакой сбавки. Когда наконецъ обѣ стороны знали о пожарѣ и дѣйствовали, скрывая это другъ отъ друга, то такой обоюдный обманъ велъ во всякомъ случаѣ къ недѣйствительности сдѣлки безъ права сторонъ требовать другъ отъ друга вознагражденіе [962]).

2. Преслѣдованіе неправомѣрныхъ интересовъ.

§ 252. Право отдѣлилось отъ нравственности (ср. стр. 623 сл.) въ томъ смыслѣ, что правовыя дѣйствія людей подчинились исключительно контролю законодателя и суда; но самый судъ, понимая конечное назначеніе права — служить нравственнымъ цѣлямъ общества, преслѣдовалъ по мѣрѣ возможности въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ такія отношенія, которыя были основаны на интересѣ безнравственномъ или неправомѣрномъ; это была критика, которую судъ вносилъ въ практику личнаго обладанія съ точки зрѣнія конечныхъ цѣлей права. Практика римскихъ юристовъ была богата примѣрами этого рода [963]).

3. Законныя ограниченія свободы договора и проч.

§ 253. Имп. Августъ запретилъ замужнимъ женщинамъ принимать поручительство по долгамъ своихъ мужей; въ 46 г.

---

[962]) *Dig.* 18. 1 fr. 57.

[963]) Подробности см. *Муромцевъ*, Определеніе права, § 82.

вышелъ сенатусконсультъ (sc. Velleianum) [964]), который запретилъ всѣмъ женщинамъ поручаться по какимъ-либо сдѣлкамъ подъ страхомъ недѣйствительности поручительства. Около 70 г. по Р. Х. другой сенатусконсультъ (sc. Macedonianum) [965]) постановилъ о безусловной недѣйствительности займовъ, которые совершались лицами, состоящими подъ отеческою властью (filii familias). Оба названные сенатусконсульта сдѣлались подъ перомъ юристовъ предметомъ обширнаго комментарія, при чемъ юристы допускали тѣ или другія исключенія изъ общаго правила. Оба они представляютъ намъ примѣры ограниченій свободы договора,—ограниченій, которыя законодатель сдѣлалъ во вниманіе къ особенностямъ положенія двухъ классовъ лицъ: женщинъ и подвластныхъ дѣтей.

Другія законныя ограниченія той же свободы устанавливались во вниманіе къ особенностямъ особаго рода сдѣлокъ. Именно нѣкоторыя сдѣлки служили вообще средствомъ обширныхъ злоупотребленій и потому ограничивались или вовсе запрещались. Сюда относятся: мѣры противъ ростовщичества (§ 93), мѣра имп. Діоклетіана относительно купли-продажи (примѣч. 274), запрещеніе торговли ядами [966]), законъ имп. Анастасія (lex Anastasiana) 506 г. [967]), который постановилъ, что купившій у кого-либо кредиторское право можетъ взыскивать съ должника не болѣе того, за что̀ такое право куплено имъ, и друг.

Наибольшую важность имѣли тѣ ограниченія, которыя относились къ даренію и посмертному распоряженію имуществомъ; исторія ихъ изложена выше (§§ 170—175).

Въ исторіи семейственнаго права ограниченія личной власти имѣли то значеніе, что въ концѣ концовъ изъяли самыя семейственныя отношенія изъ области гражданскаго права и сообщили имъ государственный характеръ (§§ 176—179).

---

964) *Dig.* 16. 1; *Cod.* 4. 29.
965) *Dig.* 14. 6; *Cod.* 4. 28.
966) *Dig.* 18. 1 fr. 35 § 2; ср. 10. 2 fr. 4 § 1.
967) *Cod* 4. 35 l. 22, ср. l. 23.

III. Формы общаго обладанія.

1. *Права по сосѣдству.*

§ 254. Въ силу своихъ естественныхъ свойствъ и въ интересахъ общежитія недвижимости не могли состоять въ исключительномъ личномъ обладаніи; составляя главный объектъ частной собственности, недвижимости были въ то же время объектомъ нѣкотораго общаго обладанія со стороны сосѣдей-собственниковъ. Это — права по сосѣдству. Мы знакомы съ ихъ древнѣйшими формами (§§ 57 и 103) и теперь прослѣдимъ ихъ позднѣйшую исторію.

Межевое право.

Правило XII таблицъ о разбирательствѣ межевыхъ споровъ чрезъ посредниковъ изъ землемѣровъ практиковалось вплоть до имперіи. Объ этомъ предметѣ въ 515 году u. c. былъ изданъ особый законъ (l. Mamilia), о которомъ намъ извѣстно только то, что взамѣнъ трехъ посредниковъ онъ указалъ назначать одного. По сочиненіямъ землемѣровъ мы знаемъ о нѣкоторыхъ подробностяхъ производства, установившагося потомъ въ межевыхъ спорахъ. Различался споръ собственно о межѣ (controversia de fine) и споръ о смежномъ участкѣ (controversia de loco). Въ первомъ случаѣ рѣшителемъ являлся землемѣръ, который и возстановлялъ межу въ первоначальномъ ея видѣ, не стѣсняясь давностью. Во второмъ случаѣ споръ разрѣшался судомъ, и направленіе межи измѣнялось сравнительно съ первоначальнымъ, если давность измѣнила первоначальные размѣры владѣній. Отъ юристовъ классическаго времени мы узнаемъ подробности относительно иска (*a. finium regundorum*) [968]) который имѣлъ мѣсто въ такихъ случаяхъ. Это — a. duplex, т.-е. обѣ стороны могли одновременно выступать со взаимными требованіями. Судьѣ принадлежали особыя полномочія. Открывъ настоящую границу владѣній, судья могъ найти ея возстановленіе почему-либо неудобнымъ; тогда онъ видоизмѣнялъ ее своею властью, на-

---

[968]) *Dig.* 10. 1; *Cod.* 3. 39.

значая потерявшей сторонѣ соотвѣтствующее вознагражденіе на счетъ выигравшей. Такимъ образомъ онъ присуждалъ одной сторонѣ то, чего она не имѣла (adiudicatio), и осуждалъ ее на уплату извѣстной суммы денегъ въ пользу другой стороны (condemnatio) (стр. 499). Если не было возможности найти истинную границу, то спорный участокъ признавался общимъ и раздѣлялся между спорящими. — Императоры IV вѣка по Р. Х. въ своихъ постановленіяхъ коснулись межевыхъ споровъ и между прочимъ вопроса о давности по отношенію къ межамъ; но сказанное ими по этому предмету осталось неяснымъ [969]).

Постановленіе XII таблицъ о срубкѣ вѣтвей, перекинувшихся за межу, было повторено въ преторскомъ эдиктѣ. Сюда относится интердиктъ *de arboribus caedendis* [970]). Если хозяинъ дерева не обрѣзывалъ вѣтвей по приглашенію сосѣда, то сосѣдъ могъ сдѣлать это самъ. Въ городахъ же, по преторскому эдикту, сосѣдъ имѣлъ право требовать отъ хозяина дерева полной срубки его, если оно перекидывалось чрезъ строеніе на чужой участокъ. При неисполненіи этого требованія сосѣдъ получалъ право срубить чужое дерево и употребить его въ свою пользу. Вышеназванный интердиктъ служилъ въ такихъ случаяхъ къ тому, чтобы удержать хозяина дерева отъ противодѣйствія срубкѣ, предпринятой сосѣдомъ. Точно такъ же преторскій эдиктъ повторилъ правило о правѣ собственника собирать плоды, упавшіе съ его деревьевъ на землю сосѣда. Для этой цѣли преторъ установилъ интердиктъ *de glande legenda* [971]). Его дѣйствіе опредѣлялось тремя днями.

Въ памятникахъ императорскаго времени мы находимъ еще права по сосѣдству, вовсе неупомянутыя въ законахъ XII

[969]) *Cod.* 3. 39 l. 5 (385 г.)

[970]) *Dig.* 43. 27: Ait praetor: „Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quo minus eam adimas, tunc quo minus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto“.

[971]) *Dig.* 43. 28: Ait praetor: „Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto“.

таблицъ. Сюда относится правило, по которому собственникъ долженъ былъ терпѣть, если сосѣдъ выдвинулъ на небольшое пространство свою постройку за межу (напримѣръ, на полфута) [972]), далѣе—правило, по которому собственникъ долженъ былъ воздерживаться отъ произведенія необыкновеннаго дыма, пыли и т. п., могущихъ перейти въ атмосферу сосѣднихъ участковъ (въ особенности лежащихъ вверху) [973]). Точно такъ же онъ не долженъ былъ устроивать каменоломень такъ, чтобы обломки камней падали внизъ на чужіе участки [974]). Въ императорскомъ постановленіи начала II вѣка, предписывавшемъ предоставлять сосѣду къ его гробницѣ дорогу, если таковой не было, мы встрѣчаемся, очевидно, только съ законодательнымъ подтвержденіемъ стародавняго обычая [975]). Императоръ Юстиніанъ предписалъ (531 г.) воздерживаться отъ построекъ, которыя прекратили бы теченіе воздуха, необходимое сосѣду для вѣйки хлѣба на току [976]). Въ императорское же время (382 г.) вышло постановленіе, которымъ дозволялось вести рудники въ землѣ сосѣда, уплачивая ему $^1/_{10}$ добываемаго [977]). Если мы сопоставимъ это постановленіе съ вышеприведеннымъ (XII табл.), по которому вѣтви выше 15 футовъ отъ земли могли выдаваться въ районъ сосѣдняго участка [978]), то увидимъ, что, по понятіямъ римскихъ юристовъ, право собственности продолжалось вверхъ и внизъ настолько, насколько это было нужно въ виду хозяйственныхъ соображеній. Ошибочно было бы думать, что это право имѣло вверхъ и внизъ безграничное продолженіе.

Actio aquae pluviae arcendae.

§ 255. Юристы имперіи и между ними особенно Лабеонъ разработали со вниманіемъ правила касательно регулированія дождевыхъ стоковъ (стр. 132 сл.). Споры по этому предмету

---

[972]) *Dig.* 8. 5 fr. 17 pr.
[973]) *Dig.* 8. 5 fr. 8 §§ 5—7.
[974]) Тамъ же.
[975]) *Dig.* 11. 7 fr. 12 pr.
[976]) *Cod.* 3. 34. l. 14 § 1.
[977]) *Cod.* 11. 6 l. 3 и 6.
[978]) Выше стр. 132.

разбирались по иску, который назывался a. aquae pluviae arcendae [979]). Все отношеніе представляется намъ въ слѣдующемъ видѣ. Обладатель участка ниже лежащаго самою природою обязывается принимать на свою землю дождевые стоки съ участковъ, лежащихъ выше его участка. Поэтому онъ не имѣетъ права протестовать, когда сосѣдъ разрушаетъ какое-либо искусственное сооруженіе, до тѣхъ поръ удерживавшее воду, и чрезъ то направляетъ ее къ нему, открывая такимъ образомъ потокъ, еще не существовавшій. Эта невыгода, утѣшаетъ Лабеонъ, вознаграждается тѣмъ, что вода, спущенная въ наши владѣнія, приноситъ намъ плодородный смывъ съ чужой земли. Злу противустояли обыкновенно посредствомъ частныхъ соглашеній, по которымъ обладатель нижняго участка получалъ право устроивать, для задержки воды, рвы или плотины у сосѣда на верху. Если же такіе рвы и плотины образовались естественнымъ путемъ, либо, будучи искусственными, существовали съ незапамятнаго времени, то заинтересованная сторона, по закону, имѣла право заботиться своими средствами объ ихъ поддержкѣ. Въ такомъ случаѣ верхній владѣлецъ долженъ былъ терпѣть на своей землѣ застой воды изъ дождевыхъ стоковъ.—Съ другой стороны, обязанность принимать стоки съ чужой земли не была въ то же время и правомъ. Обладатель нижняго участка, пользовавшійся водою сверху, не могъ воспретить сосѣду лишить его притока воды чрезъ измѣненіе какимъ-либо образомъ ея направленія. Искъ (a. aquae pluviae arcendae) не давался противъ сосѣда, отнимавшаго какую-либо выгоду. Назначеніе иска состояло только въ томъ, чтобы противодѣйствовать сосѣду, причинявшему прямой вредъ: нижній сосѣдъ предъявлялъ искъ къ верхнему, когда отъ дѣйствій этого послѣдняго потокъ становился больше, быстрѣе, сильнѣе, грязнѣе. Верхній имѣлъ искъ противъ нижняго, если благодаря нижнему сосѣду потокъ запруживался и разливался. Искъ касался только дождевыхъ потоковъ, т.-е. такихъ, которые существовали благодаря дождямъ, или въ которыхъ отъ дождей вода прибывала. Измѣненіе въ окраскѣ воды могло

---

[979]) *Dig.* 39. 3: Burckhardt, *Die actio aquae pluviae arcendae*, 1881.

служить признакомъ такой прибыли. Разливъ стоячаго водохранилища, приключившійся отъ дождя, могъ тоже повести къ иску. Поводомъ къ иску служило какое-либо сооруженіе (opus) или дѣйствіе сосѣда, измѣнявшее теченіе воды сравнительно съ нормальнымъ. За нормальное теченіе принималось то, какое было установлено естественными свойствами почвы или искусственными рвами и плотинами, существовавшими съ незапамятнаго времени. Существующіе сервитуты и иныя обстоятельства юридическаго свойства (leges agrorum) принимались во вниманіе при опредѣленіи нормальнаго теченія дождевой воды. Напротивъ искусственныя сооруженія не принимались при этомъ въ разсчетъ. Если, напримѣръ, искусственное сооруженіе на землѣ верхняго владѣльца задерживало дождевой токъ, то, въ случаѣ его разрушенія, нижній владѣлецъ не получалъ иска. Дѣйствія, необходимыя при культурѣ земли, также не допускали протеста; такъ должно было терпѣть, если потокъ измѣнялся вслѣдствіе измѣненія въ направленіи бороздъ при пашнѣ поля, или превращенія поля въ лугъ и т. п. Но искъ давался, наприм., противъ сосѣда, который мѣшалъ мнѣ прочищать съ моей стороны пограничный ровъ; противъ нижняго сосѣда, когда онъ не поправлялъ рва, вырытаго съ незапамятнаго времени; противъ верхняго сосѣда, когда у него прорвало искусственную плотину, существующую съ незапамятнаго времени. Изъ послѣдняго примѣра видно, что иногда искъ давался также въ тѣхъ случахъ, когда нормальное положеніе токовъ было нарушено естественными событіями.—Во всякомъ случаѣ искъ предъявлялся противъ хозяина того участка, на которомъ произошло измѣненіе, но не противъ виновника этого измѣненія, если таковымъ не былъ самъ хозяинъ. Не надо было, для вчинанія иска, дожидаться того, чтобы грозящій вредъ наступилъ: искъ былъ у мѣста уже тогда, когда сооруженіе, сдѣланное сосѣдомъ, грозило вредомъ. Во всякомъ случаѣ искъ былъ у мѣста только тогда, когда потокъ вредилъ полевой землѣ; если же вредъ причинялся зданію, то юристы указывали на другое средство (a. negatoria).

2. *Сервитуты.*

§ 256. Поземельные или предіальные сервитуты, по своему происхожденію и назначенію, суть не что иное, какъ добровольное распространеніе той общности обладанія, которая обязательно для всѣхъ установлена уже правами по сосѣдству (стр. 133). Къ четыремъ древнѣйшимъ формамъ сельскихъ сервитутовъ (стр. 134 сл.) съ теченіемъ времени прибавились новыя формы. Юристы императорскаго времени упоминаютъ еще многія другія права въ числѣ сельскихъ сервитутовъ. Дорожные сервитуты пополнились *правомъ переплывать* чрезъ чужое озеро (s. navigandi), водяные—правомъ *спускать воду* на сосѣдній участокъ (s. aquae educendae seu immittendae) и правомъ, которое обязывало сосѣда *не рыть* колодезей и т. п. у себя, дабы не уменьшить притокъ воды на землю управомоченнаго. Сервитутъ спуска воды измѣнялъ общія правила сосѣдскаго права относительно спуска воды (стр. 132 сл.) и парализовалъ дѣйствіе a. aquae pluviae arcendae (§ 255). Скотоводство, которое развилось на латифундіяхъ въ форму обширнаго промысла, породило право *пасти скотъ* на чужой землѣ (ius pascendi) и право *поить скотъ* изъ чужаго водопоя (pecoris ad aquam appulsus). Съ этими правами связывалось право имѣть шалаши для загона скота во время непастья. Кромѣ того приводится рядъ другихъ сервитутовъ, каковы н. брать въ чужомъ лѣсу подпорки для виноградниковъ, н. рыть на чужой землѣ песокъ, мѣлъ и камень, жечь известку, или при каменоломкѣ сбрасывать щебень на землю сосѣда, н. хранить призведенія своего поля въ чужомъ строеніи. Какъ можно заключить изъ частыхъ ссылокъ классическихъ юристовъ на Нерація [180]), который жилъ около 100 л. по Р. Х., только ему принадлежало юридическое признаніе многихъ изъ названныхъ формъ. — Съ формами городскихъ сервитутовъ мы уже знакомы (стр. 226 сл.); вмѣстѣ съ сельскими сервитутами они составили группу сервитутовъ поземельныхъ или предіальныхъ (стр. 227 сл.).—Въ практикѣ

---

980) Напр. *Dig.* 8. 3 fr. 3.

завѣщаній образовались сервитуты личные; главный случай этого рода представлялъ *узуфруктъ*,—предоставленіе кому-либо вещи въ пожизненное пользованіе съ правомъ потребленія плодовъ (ср. стр. 288 сл., 290, 333). Пожизненность составляла отличительное свойство личныхъ сервитутовъ; но очевидно, что, съ точки зрѣнія своего назначенія; они имѣли лишь отдаленное сходство съ предіальными сервитутами.— Императорское право выдержало до конца тотъ принципъ, который долженъ былъ гарантировать собственниковъ отъ излишняго обремененія: сервитутъ не могъ состоять въ дѣйствіяхъ самого собственника (стр. 136); что же касается отдѣльныхъ видовъ сервитутнаго права, то слѣдуетъ остеречься отъ заблужденія — видѣть въ римской системѣ сервитутовъ нѣчто строго-законченное; сами римскіе юристы такъ на нее не смотрѣли. Если бы они полагали, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ сервитутъ можетъ быть установленъ сторонами только въ одной изъ формъ, уже признанныхъ правомъ, то, конечно, въ такомъ порядкѣ заключалась бы своего рода новая гарантія свободы собственности. На самомъ дѣлѣ этого не было. Сервитутное право находилось въ постоянномъ развитіи и юристы всегда были готовы, въ случаѣ нужды, пополнить списокъ сервитутовъ. У Нерація, напр., ихъ перечень настолько дробенъ, что похожъ скорѣе на примѣрный, нежели на систематическій. Довольно охотно допустили юристы также разновидности узуфрукта: usus (п. пользованія безъ потребленія плодовъ), habitatio (п. пользованія строеніемъ), operae servorum et animalium (п. пользованія рабами и животными),—тогда какъ двѣ послѣднія формы завѣщатели практиковали въ видахъ обхода закона, для того чтобы даровать сервитутное право лицамъ, лишеннымъ гражданской правоспособности (cap. deminutio). Замѣтимъ также, что такъ какъ поземельные сервитуты тоже содержали въ себѣ различные виды пользованія чужою вещью, то практика не провела строгой грани между сервитутами личными и поземельными и нерѣдко первые назначались въ чью-либо пользу въ терминахъ, которые относились ко вторымъ [981]).

[981]) См. примѣры: *Dig.* 7. 1 fr. 32; 8. 3 fr. 37.

3. *Товарищества* [982]).

Договоръ товарищества.

§ 257. Съ развитіемъ индивидуализма въ послѣдніе вѣка республики возникли добровольныя соединенія отдѣльныхъ лицъ съ цѣлями общаго пріобрѣтенія и обладанія. Сюда принадлежитъ договоръ товарищества (стр. 291); исторію его, къ сожалѣнію, надо считать утраченною. Это былъ консенсуальный договоръ, въ силу котораго лица соединяли свои имущества или трудъ, или то и другое вмѣстѣ, ради достиженія извѣстной цѣли, обыкновенно имущественнаго свойства: ради наивыгоднѣйшаго совершенія какой-нибудь сдѣлки (soc. unius rei) напр., собственники лошадей соединяли ихъ вмѣстѣ въ видахъ наивыгоднѣйшей продажи, обладатели капиталовъ покупали вскладчину имѣніе и потомъ раздѣляли его между собою и т. п.; ради совмѣстнаго веденія промышленнаго предпріятія (soc. negotiationis), напр., два торговца заводили общую торговлю, два педагога—общую школу и т. п. Одна изъ рѣчей Цицерона (pro Roscio commaedo) относилась къ процессу, который возникъ именно между товарищами этого рода. Нѣкто имѣлъ раба, замѣчательнаго комика и потому вступилъ въ товарищество съ антрепренеромъ Росціемъ. Онъ внесъ въ товарищество своего раба, Росцій же обязался обучить его драматическому искусству, съ тѣмъ чтобы потомъ дѣлить между собою прибыль отъ сценической практики этого актера; но вскорѣ сказанный рабъ былъ убитъ третьимъ лицомъ, и изъ разсчетовъ по поводу дѣлежа удовлетворенія, полученнаго отъ убійцы, возникъ между бывшими товарищами процессъ, юридическое значеніе котораго доселѣ остается неяснымъ. — Можетъ быть, въ той или другой связи съ отношеніями вольноотпущенниковъ между собою и къ патрону (ср. стр. 441) возникли двѣ формы болѣе полнаго товарищества: товарищи соединялись съ тѣмъ, чтобы дѣлить между собою все пріобрѣтенное дѣятельностью каждаго (soc. lucri), или же они вступали въ безусловное общеніе всѣмъ своимъ имуществомъ (soc. omnium bonorum), такъ что доставшееся

---

[982]) *Gai.* III. 148–154; *Dig.* 17. 2; *Cod.* 4. 37; *Inst.* 3. 25.

каждому изъ нихъ по послѣдству или по завѣщанію поступало также въ общій раздѣлъ.—Два иска возникли въ связи съ договоромъ товарищества. Посредствомъ одного изъ нихъ (a. pro socio) каждый ихъ участниковъ требовалъ отъ своихъ товарищей исполненія ихъ обязательствъ, отчета въ ихъ дѣйствіяхъ, дѣлежа сдѣланныхъ пріобрѣтеній и привлекалъ ихъ къ участію въ понесенныхъ ущербахъ и расходахъ. Предъявленіе другаго иска (a. communi dividundo) [983]) означало прекращеніе товарищества и клонилось къ раздѣлу общаго имущества. Этотъ искъ принадлежалъ къ числу раздѣльныхъ исковъ (стр. 497 сл.).

actio pro socio.

actio communi dividundo.

Общность обладанія, которая крылась въ товариществѣ, не получила впрочемъ никакого юридическаго опредѣленія. Взаимныя отношенія товарищей опредѣлялись всецѣло началами договорнаго права; право не знало «товарищества» какъ объединеннаго цѣлаго, имѣло дѣло съ отдѣльными товарищами въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Товарищество устанавливалось и прекращалось по взаимному соглашенію его членовъ; взаимнымъ обязательствамъ ихъ приписывался строго личный характеръ и потому они не передавались по наслѣдству, такъ что со смертью одного изъ членовъ уничтожалось все товарищество. Кромѣ того каждому ихъ нихъ предоставлялось при жизни выйти изъ его состава (renuntiatio) и тѣмъ прекратить самое его существованіе, но, разумѣется такой выходъ не былъ вполнѣ произволенъ и допускался лишь при соблюденіи извѣстныхъ условій (renuntiatio не должна клониться къ прямому ущербу прочихъ членовъ, д. б. заявлена своевременно, не въ отсутствіи товарищей). Все въ товариществѣ предпринималось по единогласному рѣшенію товарищей, при чемъ отдѣльный товарищъ не могъ уклониться отъ признанія того, что̀ хотя и не было договорено открыто, но соотвѣтствовало цѣли товарищества. Имущество товарищей разсматривалось какъ общее ихъ достояніе, состоящее въ ихъ собственности (condominium) или въ общемъ пользованіи; всѣ прибыли и убытки дѣлились между товарищами по разнымъ или инымъ

---

[983]) *Dig.* 10. 3; *Cod.* 3. 37; 3. 38.

долямъ, какъ было условлено въ договорѣ. Однимъ словомъ, юридически товарищество представлялось просто какъ комбинація извѣстнаго рода индивидуальныхъ правъ и обязанностей изъ области личнаго обладанія, и, повидимому юридическое творчество не могло идти далѣе, пока оно ограничивалось такими формами имущественнаго общенія, которыя порождались исключительно личными интересами. Интересы совершенно иного рода побудили юриспруденцію внести въ гражданское право новое понятіе, въ которомъ общее обладаніе получило открытое признаніе какъ *гражданская* форма. Это было понятіе фиктивнаго или юридическаго лица; оно, какъ увидимъ, возникло въ судебной практикѣ городскихъ общинъ (§ 258 i. f.) и развилось въ практикѣ коллегій (корпорацій, § 259).

4. *Вещи внѣ гражданскаго оборота; образованіе юридическаго лица.*

§ 258. Послѣ того какъ уничтожилось древнее раздѣленіе вещей на манципаціонныя и неманципаціонныя, гражданское право, личное обладаніе и гражданскій оборотъ совпадали въ своихъ границахъ. Гражданскій искъ защищалъ только личное обладаніе; вещи, которыя не подлежали частному освоенію, не состояли также въ гражданскомъ оборотѣ. Эти вещи составляли предметъ общаго обладанія, которое относилось къ публичному праву (ius publicum); ихъ юридическое положеніе опредѣлялось и измѣнялось не гражданскими сдѣлками, но актами публичнаго права. Гражданскія сдѣлки (купля, залогъ, стипуляція и др.) относительно такихъ вещей были безусловно недѣйствительны [984]); юридическая защита ихъ неприкосновенности принадлежала органамъ государственной власти. Въ свое время это положеніе занимали всѣ части общественнаго (государственнаго) достоянія. Въ позднѣйшемъ правѣ его сохранили лишь «священныя» вещи (res sacrae) [985]).

Res sacrae.

---

[984]) *Dig.* 18. 1 fr. 6 pr.; 45. 1 fr. 83 § 5; 137 § 6; *Inst.* 3. 19 § 2; 3. 23 § 5.

[985]) *Gai.* II. 4. 5; *Dig.* 1. 8 fr. 6 § 3; fr. 9; *Inst.* 2. 1 § 8.

Храмы съ ихъ принадлежностями составляли особую часть общественнаго достоянія, которую свѣтская власть опредѣлила и жрецы посвятили для божественнаго культа. Обязанность юридической охраны этого имущества лежала на представителяхъ храма (интердиктъ ne quid in loco sacro fiat) [986].

Иначе опредѣлилось съ теченіемъ времени юридическое положеніе другихъ частей общественнаго (государственнаго) достоянія. По мѣрѣ развитія гражданскаго права, гражданскія формы становились незамѣтно господствующимъ критеріемъ во всей имущественно-правовой области; гражданскій искъ казался удобнымъ средствомъ для защиты неприкосновенности *всякаго* имущества, гражданская сдѣлка — одинаково примѣнимою для передачи *всякаго* имущества изъ однихъ рукъ въ другія. Отсюда начался замѣчательный историческій процессъ, результатъ котораго состоялъ въ томъ, что вещи, которыя состояли въ общемъ обладаніи, продолжая оставаться въ немъ, были введены въ строй гражданскаго права. Это произошло двумя путями:

та часть общественнаго достоянія, которая была предназначена для постояннаго *общаго пользованія* (напр., дороги, рѣки), получила *гражданскую* защиту, но не была включена въ гражданскій оборотъ. Какъ скоро произошло это, гражданское *право* стало шире личнаго обладанія, а это послѣднее по прежнему совпадало съ гражданскимъ оборотомъ;

та часть общественнаго достоянія, которая предназначалась для постоянной траты на общественныя нужды и потому измѣняла свой фактическій составъ (государственная казна), получила не только гражданскую защиту, но была включена въ гражданскій оборотъ, т.-е. къ ней примѣнили гражданскія сдѣлки. Это произошло въ связи съ образованіемъ новаго понятія — фиктивнаго или юридическаго лица. Послѣ такого преобразованія границы гражданскаго оборота стали шире границъ личнаго обладанія.

Вотъ нѣкоторыя подробности:

1. Рядъ вещей состоялъ въ *общемъ пользованіи* безъ раздѣла въ личное обладаніе и безъ включенія въ гражданскій

---

[986]) *Dig*. 43. 6.

оборотъ. Римскіе юристы группировали эти вещи въ двѣ различныя категоріи. Однѣ изъ нихъ *не могли* состоять въ личномъ обладаніи по естественнымъ причинамъ: море и его берегъ [987]). Свобода пользованія охранялась здѣсь за неимѣніемъ особыхъ средствъ посредствомъ общаго гражданскаго иска — a. iniuriarum (прим. 94); частнымъ лицамъ дозволялось застроивать морской берегъ съ тѣмъ условіемъ, чтобы постройки не стѣсняли общаго пользованія, и по снесеніи ихъ пространство, бывшее подъ строеніемъ, вновь поступало въ общее пользованіе [988]). — Другую категорію представляли res publicae publico usui destinatae; таковы дороги и улицы, озера и большія рѣки, мосты, площади, театры. Будучи особою формою общаго обладанія, пользованіе этими вещами охранялось рядомъ исковъ [989]), предъявленіе которыхъ принадлежало всѣмъ гражданамъ (a. popularis) [990]), государство же, не принимая на себя непосредственной заботы объ юридической неприкосновенности общаго пользованія, извлекало изъ вещей, которыя состояли въ этомъ послѣднемъ, выгоды, каковыя можно было извлечь безъ нарушенія общихъ интересовъ; напр., оно присвоило себѣ половину клада найденнаго въ общественной землѣ, и тѣмъ какъ бы притязало на положеніе ея собственника. Въ городскихъ общинахъ надзоръ за исправнымъ содержаніемъ улицъ, площадей и т. д. лежалъ также на представителяхъ этихъ общинъ, которые дѣйствовали по собственной иниціативѣ [991]). Такимъ образомъ

Res omnium communes.

Res in publico usu.

[987]) Выше примѣч. 953; также *Dig.* 50. 16 fr. 96.

[988]) *Dig.* 41. 1 fr. 14 pr ; 43. 8 fr. 4; fr. 30 § 1; 41. 1 fr. 50.

[989]) *Dig.* 43. 8 (int.): ne quid in loco publico vel itinere fiat; 43. 9. de loco publico fruendo; 43. 11: de via publica et itinere publico reficiendo; 43. 12: ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo prius navigetur; 43. 13: ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit; 43. 14: ut in flumine publico navigare liceat; 43. 15: de ripa munienda. Также a. iniuriarum, см. стр 99, примѣч. 94.

[990]) *Dig.* 43. 7 fr. 1. Объ историческомъ значеніи a. popularis съ точки зрѣнія разграниченія гражданскаго и публичнаго права см. *Муромцевъ*, Опредѣленіе права, § 87.

[991]) *Dig.* 43. 10; *Dig.* 43. 8 fr. 2 § 17.

гражданская защита перемѣшивалась здѣсь съ публичною защитою и все отношеніе носило смѣшанный характеръ, что̀ представлялось и наиболѣе разумнымъ.

Res publicae.

2. [992]). Имущество, предназначенное непосредственно на государственныя нужды (res publicae), или государственная казна (aerarium publicum) состояло до конца республики внѣ гражданскаго права и гражданскаго оборота. Особые акты публичнаго права осуществляли здѣсь переходъ вещей изъ частныхъ рукъ въ казну и обратно; особымъ административнымъ путемъ разрѣшались споры между казною и частными лицами.— Съ развитіемъ муниципальнаго устройства многочисленныя города представили собою какъ бы обособленныя части государства, которыя, принадлежа къ цѣлому [993]), практиковали въ данной территоріи общегосударственныя функціи, перенесенныя на нихъ волею римскаго народа или императора (lex civitatis, l. municipalis). Городское устройство и управленіе было какъ бы сколкомъ съ государственнаго устройства и управленія, и послѣ того какъ государство перешло отъ республики къ имперіи, подобное же преобразованіе произошло въ городахъ. Подобно государству, города обладали своимъ имуществомъ и, подобно государственному, оно разсматривалось какъ противоположность частному имуществу. Городское имущество было какъ бы «ничье» (стр. 616); переходъ вещей изъ личнаго обладанія въ городскую казну и обратно, разныя сдѣлки городскихъ властей съ частными лицами (аренда, откупъ доходовъ) совершались въ формахъ, отличныхъ отъ сдѣлокъ гражданскаго права. Такъ же, какъ и государственныя, городскія имущества исключались изъ гражданскаго права и оборота. Но такой порядокъ не могъ продолжаться долго. Административная компетенція городскихъ властей, ограниченная предѣлами, территоріальными и иными, не ограждала имущественныхъ интересовъ городской общины во всѣхъ случаяхъ, и городскія власти искали покровительства у римскаго суда. Юристамъ пришлось задуматься надъ положеніемъ го-

---

[992]) Ср. для послѣдующаго изложенія указанія въ примѣч. 998.

[993]) *Dig.* 50. 1 fr. 33: Roma communis nostra patria est.

родскаго имущества. Съ одной стороны, оно, очевидно, было отдѣлено отъ государственной казны, съ другой—неправильно было бы смѣшать его и съ личною собственностью горожанъ. И вотъ городскія общины, какъ таковыя, были признаны «какъ бы» особыми лицами [994]), которыя наравнѣ съ другими, живыми лицами могутъ (чрезъ представителей) дѣйствовать на судѣ и совершать юридическія сдѣлки обыкновеннымъ гражданскимъ путемъ. Это новое понятіе, по современной терминологіи, «юридическаго» лица не касалось внутреннихъ распорядковъ общины, но значительно упростило ея имущественныя отношенія къ постороннимъ лицамъ. Постепенно всѣ территоріальныя общины, городскія и сельскія, были признаны юридическими лицами. Такое признаніе, хотя и содержало въ себѣ нѣкоторое отвлеченіе, согласовалось однако съ обыденнымъ воззрѣніемъ на предметъ, которое не могло не усматривать въ городѣ, въ городской общинѣ нѣчто отличное отъ горожанъ и такъ или иначе различало, напр., собственность общины отъ общей собственности (condominium) многихъ лицъ. Однако въ иныхъ случаяхъ обыденное воззрѣніе не достигало той послѣдовательности и тонкости, которыхъ требовало право, и мы видимъ, что императорамъ и юристамъ не разъ приходилось разъяснять простымъ смертнымъ, что, напр., рабъ города можетъ свидѣтельствовать на судѣ противъ отдѣльныхъ горожанъ, ибо не они, но городъ, — его собственникъ [995]); что отпущенникъ города можетъ безпрепятственно призывать въ судъ отдѣльныхъ гражданъ, ибо не они, но городъ — его патронъ [996]).— Между тѣмъ и съ государственною казною произошло немаловажное измѣненіе. Рядомъ съ нею сталъ фискъ или казна императора; составляя сначала личную собственность его, фискъ фигурировалъ въ гражданскомъ оборотѣ наравнѣ со всякимъ частнымъ имуще-

Юридическое лицо.

[994]) *Dig.* 46. 1 fr. 22... *personae vice* fungitur, sicuti municipium et decuria et societas; *Dig.* 4. 2 fr. 9 § 2: sive singularis sit *persona*, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus; *Dig.* 50. 16 fr. 16: civitates privatorum loco habentur.

[995]) *Dig.* 1. 8 fr. 6 § 1; 48. 18 fr. 1 § 7.

[996]) *Dig.* 2. 4 fr. 10 § 4.

ствомъ. Это свое *гражданское* положеніе онъ сохранилъ и потомъ, когда, пріобрѣтя государственный характеръ, отдѣлился отъ личной собственности императора и поглотилъ собою первоначальную государственную казну. Такимъ образомъ казна, подъ именемъ фиска, оказалась всецѣло въ области гражданскаго права; она стала лицомъ среди другихъ лицъ. хотя юристы и не называли ее этимъ именемъ и не включали въ общій рядъ лицъ физическихъ или «юридическихъ», трактуя о ней какъ о чемъ-то особенномъ. Повидимому до самаго конца они были склонны замѣнить искусственное олицетвореніе тѣмъ предположеніемъ, что императорская казна есть казна императора, и сами императоры еще во II в. называли ее «своею» [997]). На самомъ же дѣлѣ фискъ представлялъ собою олицетвореніе всей совокупности имущественныхъ отношеній государства къ третьимъ лицамъ.

5. *Корпораціи* [998]).

Значеніе юридическаго лица.

§ 259. Изъ вышеизложеннаго видно, что искусственное олицетвореніе или юридическое лицо не было непосредственнымъ произведеніемъ гражданскаго права. Оно было формой, которая предназначалась для того, чтобы ввести въ гражданскій оборотъ имущественныя отношенія общинъ; въ этомъ состоялъ главный интересъ новаго понятія для публичнаго права. Для гражданскаго права его интересъ состоялъ въ другомъ. Юридическое лицо заключало въ себѣ юридическое признаніе общаго обладанія, какъ формы, особой отъ личнаго обладанія. но съ нимъ равноправной. Каждый изъ названныхъ двухъ интересовъ сыгралъ свою роль въ дальнѣйшей исторіи новаго института.

1. Помимо городскихъ и сельскихъ общинъ въ области публичныхъ отношеній существовали многочисленныя коллегіи,

997) *Cod* 11. 6 (5) l. 1: fiscus meus..

998) *Dig* 3. 4; 47. 22;—*Savigny*, System, II, §§ 85—102; *Zitelmann*. Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen, 1873; *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, III, 1881, стр. 34—185; *Юліанъ Кулаковскій*, Коллегіи въ древнемъ Римѣ, 1882.

на обязанности которыхъ лежало выполненіе той или другой функціи государственнаго свойства. Такъ, еще въ древности жрецы были подѣлены по коллегіямъ: такъ же раздѣлялись и ремесленники (стр. 54). И позднѣе, по немногочисленности чиновнаго персонала и по несовершенству административнаго механизма, правительство при выполненіи своихъ задачъ прибѣгало къ содѣйствію коллегій, составленныхъ изъ частныхъ лицъ. Въ концѣ республики сборъ государственныхъ налоговъ, общественныя постройки, мощеніе улицъ, завѣдываніе на мѣстѣ разработкою рудниковъ, сдавались на откупъ особымъ компаніямъ «публикановъ» изъ всадниковъ (equites),—класса, который, какъ извѣстно, держалъ въ своихъ рукахъ капиталы. Эти компаніи организовались на началахъ товарищества (§ 257), каждый изъ товарищей имѣлъ свой пай (pars) въ компанейскомъ имуществѣ. Отъ обыкновенныхъ товариществъ, компаніи публикановъ отличались тѣмъ, что отношенія членовъ не носили такого личнаго характера, какъ тамъ, и приближались болѣе къ общему типу обязательствъ: членъ компаніи не могъ по произволу взять свой пай обратно; въ случаѣ смерти одного изъ членовъ паи переходили по наслѣдству, при чемъ прочіе опредѣляли степень личнаго участія наслѣдника въ дѣлахъ компаніи [999]). Но нѣкоторыя черты придавали компаніи своеобразный характеръ, чуждый товариществу. Государство, которое вступало съ компаніей въ договоръ, и всѣ постороннія лица, которыя приходили въ какое-либо соприкосновеніе съ нею, имѣли дѣло съ немногими ея представителями: учредителями (mancipes), управителями (magister, promagistri); изъ нихъ послѣдніе могли и не принадлежать къ самому товариществу; эти лица дѣйствовали за всю компанію. Отсюда вытекала и другая особенность: не было нужды поддерживать въ компаніи одинъ и тотъ же личный составъ; дозволялась передача паевъ отъ одного лица другому и они ходили на рынкѣ, подобно нашимъ акціямъ повышаясь и понижаясь въ курсѣ. Римскіе юристы называли такое устройство «corpus»: компанія составляла какъ бы единое, ор-

Societates publicanorum.

[999]) *Dig.* 17. 2 fr. 59 pr.; 63 § 8.

ганизованное тѣло, но не простую совокупность отдѣльныхъ членовъ,—какъ это было въ простомъ товариществѣ (§ 257). Въ гражданскомъ оборотѣ corpus было самостоятельнымъ (юридическимъ) лицомъ.—Рядъ коллегій былъ организованъ правительствомъ для различныхъ цѣлей; для споспѣшествованія общественнымъ постройкамъ въ 8 г. до Р. Х. была учреждена коллегія плотниковъ; для снабженія Рима хлѣбомъ существовали въ началѣ имперіи коллегіи корабельщиковъ и хлѣбопековъ, а во II и III в. по Р. Х. возникли для той же цѣли коллегіи лодочниковъ, барочниковъ, пріемщиковъ. Всѣ эти коллегіи получили корпоративное устройство (corpus) и, стало-быть, были юридическими лицами. Начиная съ IV вѣка, послѣдовало закрѣпощеніе членовъ коллегій; положеніе члена коллегіи было объявлено наслѣдственнымъ. Еще раньше, съ $^1/_2$ III в. началось общее и обязательное распредѣленіе всѣхъ ремесленниковъ по коллегіямъ (цехамъ) и всѣ онѣ считались за corpus. — Государственные чиновники и солдаты тоже распредѣлялись по коллегіямъ съ корпоративнымъ устройствомъ (corpus). — Главное назначеніе всѣхъ перечисленныхъ коллегій состояло въ томъ, чтобы служить органомъ государственной власти; но къ нему легко присоединялось другое — взаимное вспомоществованіе членовъ. Такъ, солдаты платили взносы въ свои коллегіи и взамѣнъ того получали вспомоществованіе при отпускѣ (на дорогу) или во время нужды и болѣзни, также пенсіи и т. п.—Наконецъ олицетвореніе не минуло и жреческихъ коллегій и было приложено даже къ нѣкоторымъ храмамъ,—повидимому исключительно въ тѣхъ видахъ, чтобы они могли назначаться наслѣдниками въ завѣщаніяхъ частныхъ лицъ.

2. Корпоративное устройство отдѣляло юридически общее имущество отъ личнаго, дѣятельность общества отъ дѣятельности его членовъ. «Corpus» представляло удобную форму, благодаря которой *добровольныя* соединенія гражданъ могли придать юридическій характеръ своему имущественному общенію и вмѣстѣ съ тѣмъ упростить свои отношенія къ окружающимъ. Повидимому это было понято довольно рано и римское общество конца республики было переполнено многочисленными

коллегіями религіозно-политическаго характера (sodalitates), которыя въ той или другой степени претендовали на корпоративное устройство. Но здѣсь обнаружилась новая сторона юридическаго олицетворенія. Облегчая коллегіи ея движеніе въ гражданскомъ оборотѣ, олицетвореніе придаетъ ей особую силу, особое вліяніе на общественную и государственную жизнь, которыхъ она не имѣла бы безъ олицетворенія. У правительства возникло стремленіе регулировать фактъ олицетворенія и когда, съ одной стороны, коллегіи втянулись какъ дѣятельные участники, во всѣ политическія смуты, а, съ другой—деспотизмъ пошелъ впередъ рѣшительными шагами, ихъ столкновеніе окончилось крайнею мѣрою. Императорскія постановленія и сенатусконсульты запретили вовсе самовольное образованіе коллегій съ корпоративнымъ устройствомъ. Отнынѣ учрежденіе коллегіи съ корпоративнымъ устройствомъ и юридическою личностью могло произойти только въ силу особаго повелѣнія императора или сенатусконсульта; коллегіи, которыя образовались самовольно, распускались, и ихъ имущество раздѣлялось между членами, какъ личное; отказъ по завѣщанію въ пользу недозволенной коллегіи признавался недѣйствительнымъ; виновные въ устройствѣ незаконныхъ коллегій подвергались уголовному наказанію, какъ за оскорбленіе Величества [1000]).

Sodalitates.

Исключеніе изъ общаго запрещенія было сдѣлано только въ пользу похоронныхъ коллегій. Въ былое время кладбища составляли родовую собственность и на обязанности родовъ лежала забота о погребеніи и поминовеніи. Съ паденіемъ родоваго строя богатые люди заботились каждый о себѣ на случай смерти. Они пріобрѣтали за городомъ мѣста для погребенія своего и своихъ близкихъ; какъ скоро трупъ былъ внесенъ въ это мѣсто, оно исключалось изъ гражданскаго оборота и объявлялось «религіознымъ» (res religiosae) [1001]). Право пользованія имъ оставалось за его собственникомъ и перехо-

res religiosae.

1000) *Dig.* 3. 4 fr. 1 pr.; 47. 22 fr. 1. 2. 3; 33. 5 fr. 20; 48. 4 fr. 1.

1001) *Gai.* II. 6; *Dig.* 1. 8 fr. 6 § 4. 5, fr. 7; *Inst.* 2. 1; ср. мѣста, указ. въ примѣч. 985.

дило по наслѣдству [1002]). Такъ образовались семейныя гробницы. Но бѣдные люди не могли подражать богатымъ. Они вступали въ товарищества или коллегіи (soc. tenuiorum), которыя принимали на себя заботу объ устройствѣ общихъ гробницъ (колумбаріи), похоронъ и поминовеній. Законъ признавалъ за такими коллегіями право на корпоративное устройство, и между прочимъ христіанскія общины съ ихъ катакомбами находили нѣкоторую гарантію противъ преслѣдованій, принимая формально образъ похоронныхъ коллегій. — Неприкосновенность гробницъ охранялась юридически искомъ, предъявленіе котораго принадлежало всѣмъ гражданамъ: a. de sepulcro violato [1003]). Стало быть, юридическое положеніе гробницъ походило на положеніе одной изъ частей общественнаго достоянія (стр. 643); они состояли въ гражданскомъ правѣ, но не въ гражданскомъ оборотѣ.

Строй юридическихъ лицъ.

§ 260. Фискъ, городскія и сельскія общины, компаніи публикановъ и коллегіи съ корпоративнымъ устройствомъ составляютъ юридическія формы одного и того же класса; къ нему же принадлежатъ возникшія потомъ подъ вліяніемъ христіанства церковныя общины и разнообразныя благочестивыя и благотворительныя учрежденія (монастыри, богадѣльни и т. д.). Все это суть формы *общаго обладанія*, которыя признаны таковыми въ гражданскомъ правѣ, включены въ его составъ и введены въ гражданскій оборотъ. Ихъ юридическій строй сводится къ слѣдующему:

Обладатели.

1. Обладателями въ общемъ обладаніи, такъ же какъ и въ личномъ, являются отдѣльныя живыя лица, которыя вообще только и могутъ быть обладателями правъ; но въ личномъ они обладаютъ каждый отдѣльно отъ другихъ, въ общемъ— сообща, личное обладаніе служитъ личнымъ интересамъ каждаго, общее—общимъ интересамъ. Въ концѣ концовъ каждое общее обладаніе разрѣшается въ рядъ имущественныхъ или иныхъ выгодъ, которыя достаются его обладателямъ; такъ, фискъ служитъ къ удовлетворенію разнообразнѣйшихъ по-

---

1002) *Cod.* 3. 44 l. 4, 8. 14.
1003) *Dig.* 47. 12; *Cod.* 9. 19.

требностей гражданъ государства, общинное имущество — къ удовлетворенію разнообразнѣйшихъ потребностей обитателей данной мѣстности и т. д. Отсюда — тенденція организовать возможно совершеннѣе юридическое обезпеченіе сказанныхъ выгодъ, и однимъ изъ средствъ къ тому служатъ гражданскіе иски, которые принадлежатъ самимъ обладателямъ; императорскій періодъ, при подозрительномъ отношеніи правительства ко всякой личной иниціативѣ, особенно въ дѣлѣ свободныхъ человѣческихъ союзовъ (стр. 649) не былъ благопріятнымъ временемъ для образованія такихъ исковъ, однако сохранилъ то, что́ досталось ему отъ республики (a. iniuriarum, a. popularis).

Организація.

2. Процессъ пріобрѣтенія и распредѣленія выгодъ, которыя общее имущество предназначено приносить своимъ обладателямъ, долженъ быть поставленъ внѣ зависимости отъ личныхъ интересовъ. — Роль каждаго участника въ сказанномъ процессѣ опредѣляется не пропорціонально его личному вкладу въ общее имущество и не размѣромъ его личныхъ требованій и ожиданій отъ общаго дѣла, но соотвѣтственно его способности служить той общей цѣли, для которой предназначено самое имущество. Потому дѣятельность по управленію этимъ имуществомъ принадлежитъ особой организаціи (corpus), которая, преслѣдуя въ концѣ концовъ интересы отдѣльныхъ обладателей, существуетъ отъ нихъ независимо. Отсюда — существованіе организаціи не зависитъ юридически отъ личнаго состава самихъ обладателей, который подлежитъ свободному измѣненію, — даже и въ томъ случаѣ, если бы число членовъ корпораціи снизошло до одного [1004]). — Характеромъ обладате-

---

[1004]) *Dig.* 3. 4 fr. 7 § 2: In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneat vel omnes immutati sint. sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum recciderit et stet nomen universitatis, т.-е. когда число членовъ корпораціи снизошло до одного, то этотъ одинъ можетъ выступать въ судѣ (отъ имени корпораціи), такъ какъ права всѣхъ сконцентрировались въ одномъ лицѣ и понятіе корпораціи (организаціи) продолжаетъ существовать (Гирке). — Ср. *Dig.* 5. 1 fr. 76.

лей и родомъ выгодъ (цѣлей), къ которымъ они стремятся, опредѣляется въ каждомъ данномъ случаѣ ихъ отношеніе къ сказанной организаціи. Когда форма общаго обладанія складывается въ интересахъ такихъ лицъ, составъ которыхъ подлежитъ болѣе или менѣе точному обозрѣнію чрезъ указаніе того или другаго признака (напр., обитатели такой-то мѣстности) или даже путемъ простаго перечисленія личностей, когда эти лица обладаютъ достаточною способностью къ самодѣятельности и когда наконецъ тому не противится правительственная власть, тогда обладатели выступаютъ въ качествѣ *членовъ* организаціи. За исключеніемъ фиска, такова была господствующая форма въ римскомъ правѣ. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рядомъ съ членами могъ существовать другой классъ лицъ, — заинтересованные въ общемъ обладаніи, но устраненные отъ участія въ организаціи: таковы, напр., бѣдные, больные, малолѣтніе, въ пользу которыхъ въ церковной или иной общинѣ устраивается то или другое заведеніе. Воспользуемся для ихъ обозначенія терминомъ *дестинатеры*. Двойственный составъ обладателей, изъ членовъ и дестинатеровъ, былъ обычнымъ явленіемъ римскихъ формъ общаго обладанія въ христіанское время; но уже въ городскихъ общинахъ, съ паденіемъ республиканскаго устройства ихъ, только привиллегированный классъ являлся членами городской корпораціи, остальнымъ же горожанамъ надо приписать положеніе дестинатеровъ. Потому-ли, что личный составъ извѣстнаго разряда лицъ не подлежитъ точному обозрѣнію (напр., «больные», «бѣдные» и т. п.), или потому, что онъ не обладаетъ достаточною самодѣятельностью, или наконецъ потому, что въ виды правительства не входитъ поощрять въ немъ это качество, — ему предоставляется въ общемъ обладаніи мѣсто дестинатеровъ. Въ той организаціи, которая называется теперь, въ противоположность корпораціи,—учрежденіемъ, нѣтъ вовсе членовъ и обладателями являются одни дестинатеры. Но римское право не знало такой формы въ ея чистомъ видѣ; корпорація была господствующихъ типомъ, причемъ церковная община служила опорою при юридической квалификаціи «учрежденій», вызванныхъ побужденіями благочестія и благотвори-

тельности (Гирке).— Противоположеніе членовъ и дестинатеровъ ведетъ еще къ слѣдующему различію: такъ какъ члены входятъ въ организацію корпораціи, то наличность даннаго состава членовъ есть условіе возникновенія корпораціи; напротивъ для возникновенія учрежденія достаточно, чтобы вообще существовала достаточная вѣроятность того, что рано или поздно появятся дестинатеры. Для возниковенія учрежденія достаточно, чтобы извѣстное имущество было отдѣльно для общаго обладанія и чтобы составлена была надлежащая организація.

Обособленіе имущества.

3. Изъ того обстоятельства, что личная организація общаго обладанія не сливается съ совокупностью обладателей, слѣдуетъ, что и самое общее имущество обособляется юридически отъ личнаго имущества его обладателей. Смотря по цѣлямъ общенія, въ однихъ случаяхъ между обладателями распредѣляются непосредственныя, имущественныя выгоды изъ общаго обладанія (дивидентъ, какъ въ товариществахъ публикановъ), въ другихъ эти выгоды промѣниваются предъ ихъ распредѣленіемъ на идеальныя блага: но во всякомъ случаѣ самое имущество считается принадлежностью организаціи, какъ таковой: собственность корпораціи раздѣляется отъ собственности ея членовъ, обязательства ея — отъ ихъ обязательствъ и т. д. [1005]); потому между корпораціей, какъ таковой, и ея членами, какъ посторонними лицами, могутъ возникать гражданскія отношенія: обязательства [1006]), процессы [1007]).

Олицетвореніе.

4. Отдѣленіе общаго имущества отъ частнаго не ведетъ непремѣнно къ его исключенію изъ области гражданскаго права и оборота. Напротивъ, споры о немъ разрѣшаются въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства и, стало-быть, оно остается въ гражданскомъ правѣ; имущественныя отношенія къ постороннимъ лицамъ устанавливаются посредствомъ гражданскихъ

[1005]) *Dig.* 1. 8. fr. 6. § 1:... nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur. *Dig.* 3. 4. fr. 7 § 1: Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.—Ср. *Dig.* 48. 18. fr. 1 § 7; 34. 5 fr. 2; fr. 20.

[1006]) *Dig.* 36. 1 fr. 1 § 15.

[1007]) *Dig.* 3. 4 fr. 9.

актовъ и, стало-быть, общее имущество состоитъ въ гражданскомъ оборотѣ. Организація (корпорація) признается за личность (юридическое лицо) и всѣ гражданскіе акты совершаются отъ ея имени, или личнымъ составомъ организаціи въ его совокупности (что было не всегда удобно и не всегда осуществимо юридически, потому что единогласіе всѣхъ дѣйствующихъ составляло по сложившимся понятіямъ необходимое условіе многихъ гражданскихъ актовъ [1008]), какъ это и практиковалось въ товариществѣ стр. 640), или особымъ замѣстителемъ, каковымъ являлся или особый постоянный органъ или временный уполномоченный. Замѣститель юридическаго лица дѣйствовалъ отъ имени всей организаціи и его положеніе опредѣлялось подобно положенію прочихъ гражданскихъ замѣстителей; отношенія юридическаго лица къ его замѣстителю опредѣлялись по типу отношеній мандата (стр. 315 сл.) и опеки (стр. 426 сл.).—Правоспособность юридическаго лица постепенно вмѣстила въ себя почти всю имущественную правоспособность физическаго лица; такъ, юридическое лицо могло пріобрѣтать для себя право собственности и владѣніе, залоговое право и сервитуты, стать въ положеніе кредитора и должника по обязательству, получать по завѣщанію отказы и, въ качествѣ патрона, въ законномъ порядкѣ наслѣдовать своимъ вольноотпущенникамъ и наконецъ принимать по завѣщанію также наслѣдство (hereditas). Эта правоспособность была плодомъ постепеннаго историческаго развитія, слѣды котораго сохранились въ источникахъ. Уже Варрону (VIII ст. и. с.) были извѣстны отпущенники муниципій [1009]) и, можетъ быть, еще въ республиканское время города Италіи получили право отпускать своихъ рабовъ на волю съ полнымъ гражданствомъ [1010]); авторитетомъ юриста Нервы младшаго (ок. 60 г.)

Правоспособность.

[1008]) *Dig.* 41. 2 fr. 1 § 22; Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt; *Dig.* 38. 3 fr. 1 § 1: an omnino petere bonorum possesionem possint (municipes), dubitatur: movet enim quod consentire non possunt, sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi aquirere.

[1009]) *Varro*, de lingua latina, 8. 41.

[1010]) *Cod.* 7. 9 l. 3:.. secundum legem vetti'libici (veteris rei publicae?).

было установлено за городскими общинами право на владѣніе вещами (стр. 565) [1011]); имп. Нерва (ок. 97 г.) разрѣшилъ городамъ принимать отказы по завѣщанію [1012]) въ связи съ этою мѣрою возникъ, вѣроятно, въ практикѣ вопросъ о томъ, могутъ-ли общины пріобрѣтать узуфруктъ и былъ разрѣшенъ юристами въ томъ смыслѣ, что узуфруктъ, предоставленный общинѣ, продолжается сто лѣтъ, — высшій предѣлъ человѣческой жизни [1013]); имп. Адріанъ (117—138) пополнилъ законъ Нервы объ отказахъ [1014]); сенатусконсультъ 129 г. распространилъ на провинціальные города вышепомянутое право отпущенія рабовъ съ полнымъ гражданствомъ [1015]); имп. Маркъ Аврелій (ок. 170 г.) сообщилъ то же право всѣмъ коллегіямъ [1016]); онъ же разрѣшилъ принимать отказы сельскимъ общинамъ [1017]) и коллегіямъ [1018]); признаніе корпорацій въ роли наслѣдника (heres) встрѣчало особое затрудненіе, потому что онѣ, въ виду неизвѣстности ихъ личнаго состава, представлялись какъ personae incertae и къ тому же не могли совершать актъ вступленія въ права наслѣдства [1019]); однако два сенатусконсульта, упоминаемые Ульпіаномъ, установили наслѣдованіе городовъ послѣ ихъ вольноотпущенниковъ какъ въ порядкѣ законномъ, такъ и завѣщательномъ [1020]); потомъ предоставили городамъ право на пріобрѣтеніе по универсальному фидеикомиссу (sc. Apronianum) [1021]), коллегіямъ же право на-

[1011]) *Dig.* 41. 2 fr. 1 § 22 (ср. примѣч. 840): ...sed Nerva filius ait, per servum quae peculiater adquisierint et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quoniam ipsos servos non possideant; тамъ же fr. 2: sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint idque eis per servum et per liberam personam adquiratur; ср. 10. 4 fr. 7 § 3; 50. 12 fr. 3 § 1.

[1012]) *Ulp.* 24. 28.

[1013]) *Dig.* 7. 1 fr. 56; 33. 2 fr. 7.

[1014]) *Ulp.* 24. 28.

[1015]) *Cod.* 7. 9. 1. 3.

[1016]) *Dig.* 40. 3. fr. 1.

[1017]) *Dig.* 30. fr. 73 § 1.

[1018]) *Dig.* 34. 5 fr. 20.

[1019]) *Ulp.* 22. 5.

[1020]) *Dig.* 38. 3. fr. 1 § 1.

[1021]) *Dig.* 36. 1 fr. 27 (26); ср. тамъ же fr. 6 § 4; 31 fr. 66 § 7.

слѣдованія предоставлялось еще въ концѣ III в. только какъ особая привиллегія [1022]). Рѣшительное вліяніе по этому вопросу оказало христіанство, когда при Константинѣ В. церкви и церковнымъ учрежденіямъ была предоставлена полная свобода пріобрѣтенія по завѣщаніямъ [1023]); въ концѣ V вѣка право наслѣдованія было дано наконецъ городскимъ общинамъ [1024]). — Эти разрозненныя данныя не даютъ матеріала для полной исторіи правоспособности юридическихъ лицъ; но изъ нихъ слѣдуетъ вывести то заключеніе, что расширеніе этой послѣдней стояло въ значительной зависимости отъ успѣховъ, которыя дѣлали въ исторіи права, вопервыхъ, организація представительства корпорацій, вовторыхъ,—пониманіе корпораціи какъ отвлеченнаго цѣлаго, независимаго отъ ея личнаго состава. Недостаткомъ организаціи представительства объясняются, напр., мнѣнія, что корпорація не можетъ пріобрѣтать владѣнія или вступать въ права наслѣдованія; недостаточно отвлеченнымъ пониманіемъ предмета было обусловлено то сужденіе, что корпораціи суть personae incertae [1025]).

Долгосрочная аренда.

§ 261. Относительно правоспособности городскихъ общинъ (а также фиска) необходимо еще одно указаніе. Войдя въ область гражданскаго права, эти юридическія лица привели съ собою нѣкоторыя отношенія, которыя прежде того гражданскому праву не были извѣстны. Сюда принадлежали разные виды продолжительной и наслѣдственной аренды земли. Государственныя и городскія земли издавна отдавались въ такую аренду частнымъ лицамъ подъ выстройку или для обработки; въ первомъ случаѣ отношеніе называлось суперфиціемъ (superficies), во второмъ мы имѣемъ дѣло съ ager vectigalis. Съ признаніемъ гражданской личности у государства (фиска) и городовъ эти отношенія разсматривались съ точки зрѣнія найма, но получили особую гражданскую защиту (int de loco publico fruendo [1026]), vectigalis actio in rem) [1027]).

[1022]) *Cod.* 6. 24 l. 8 (290 г.).
[1023]) *Cod.* 1. 2 l. 1 (321 г.).
[1024]) *Cod.* 6. 24 l. 12 (469 г.).
[1025]) *Ulp.* 22. 5... quoniam incertum corpus est.
[1026]) *Dig.* 43. 9.
[1027]) *Dig.* 39. 2 fr. 15 § 26.

Источникъ новыхъ образованій.

Впрочемъ они не представляли бы особаго историческаго интереса, если бы съ теченіемъ времени не стали бы прототипомъ новыхъ образованій. Происхожденіе этихъ послѣднихъ состояло въ непосредственной связи съ ненормальнымъ направленіемъ, которое получило распредѣленіе недвижимой собственности въ римскомъ обществѣ. Распредѣленіе собственности въ обществѣ не происходитъ сообразно труду каждаго и вообще, какъ извѣстно, справедливое отношеніе къ труду играетъ лишь второстепенную роль въ исторіи собственности; однако, съ другой стороны, способъ распредѣленія ея не долженъ препятствовать обществу проявлять его трудовыя силы въ томъ количествѣ, какъ это необходимо въ виду существующихъ экономическихъ потребностей. Распредѣленіе, которое служитъ подобнымъ препятствіемъ, наноситъ ударъ самому институту собственности. Такъ именно случилось въ Римѣ. Сосредоточеніе земель въ немногихъ рукахъ, — образованіе крупныхъ землевладѣній, отдалило собственниковъ отъ непосредственнаго пользованія ихъ собственностью; хозяйство самого собственника или краткосрочнаго арендатора, по договору найма, замѣнилось на частныхъ землевладѣніяхъ долгосрочною или даже вѣчною арендою. Собственнику оставалось отъ его права главнымъ образомъ только полученіе извѣстной арендной платы; экономически его мѣсто занималъ арендаторъ, который становился фактическимъ собственникомъ, осуществляя на практикѣ всѣ правомочія этого послѣдняго. Это положеніе должно было отразиться въ правѣ. Было признано, напр., что арендаторъ установляетъ новые сервитуты на время своей аренды, пріобрѣтаетъ плоды въ моментъ отдѣленія ихъ (separatio, стр. 622) и самое отношеніе по арендѣ пріобрѣло вещный характеръ, стало вещнымъ правомъ. Ранѣе это произошло относительно аренды подъ выстройку или суперфиція (superficies) [1028]. Преторскій эдиктъ императорскаго времени даровалъ арендаторамъ-суперфиціарамъ для защиты ихъ *владѣнія* особый интердиктъ (int. de superficiebus) и для защиты ихъ *права* особый вещный искъ на подобіе исковъ,

Superficies.

[1028]) *Dig.* 43. 18.

которыми защищалось право собственности (см. также прим. 859). Такимъ образомъ суперфицій отдѣлился отъ найма, какъ консенсуальнаго контракта, и сдѣлался подобно сервитутамъ правомъ въ чужой вещи (ius in re aliena). Это право вслѣдствіе своей долгосрочности было право наслѣдственное и отчуждаемое (ср. стр. 289); его содержаніе опредѣляется какъ полное право пользованія чужимъ зданіемъ (потому что зданіе, возведенное на чужой землѣ, принадлежитъ собственнику земли) и сервитутами, принадлежащими этому зданію. Арендная плата (solarium), которую платилъ суперфиціарій собственнику земли, могла въ началѣ не отличаться отъ государственныхъ поземельныхъ податей, тяжесть которыхъ лежала также на суперфиціарѣ. Здѣсь мы касаемся государственной стороны изложеннаго института. Интересы самого государства требовали возможно бо́льшей гарантіи правъ долгосрочнаго арендатора, потому что онъ представлялся лучшимъ плательщикомъ податей, нежели собственникъ. Отсюда — защита арендныхъ правъ вещнымъ искомъ. Въ концѣ IV в. по Р. X. имп. Зенонъ распространилъ эту защиту на эмфитевзисъ [1029]) или долгосрочную аренду сельскихъ имѣній.

Emphyteusis.

Правительство покровительствовало эмфитевзису, видя въ немъ средство поднять земледѣліе, которое пришло въ крайній упадокъ. Юридическое положеніе эмфитевтера было вообще подобно юридическому положенію суперфиціара; фактически онъ замѣщалъ собою помѣщика-собственника; арендная плата его представляла собою «не что иное какъ облегченный и фиксированный налогъ». Постепенно постановленія объ эмфитевзисѣ были распространены на ager vectigalis, такъ что оба института слились въ одно. Но правительственное покровительство, проявленное въ интересѣ податномъ, есть благо обоюдоострое; обезпечивая арендатора, правительство, съ другой стороны, стремилось къ прикрѣпленію его къ землѣ, къ закрѣпощенію. Эта тенденція сказалась со всею силою по

Колонатъ.

[1029]) *Dig.* 6. 3; *Cod.* 4 66; *Виноградовъ*, Происхожденіе феодальныхъ отношеній въ Лангобардской Италіи, 1880, стр. 66—72. Тамъ же см. о колонатѣ, стр. 21—66.

отношенію къ мелкимъ сельскимъ арендаторамъ. Съ развитіемъ латифундій на счетъ мелкой собственности—масса мелкихъ поземельныхъ собственниковъ превратилась въ долгосрочныхъ арендаторовъ (колоновъ, стр. 288). Колоны обзаводились прочнымъ хозяйствомъ, сидѣли на земляхъ въ теченіе цѣлыхъ поколѣній и фактически прирастали къ землѣ; ихъ число росло по мѣрѣ того, какъ крупное хозяйство, чрезъ посредство рабовъ, отступало предъ выгодами, которыя представляла система мелкихъ хозяйствъ колоновъ. Прикрѣпленіе къ землѣ принизило личность колона и поставило его въ зависимость отъ помѣщика; уже въ рѣшеніяхъ юристовъ III в. по Р. Х. эта сторона колоната нашла себѣ нѣкоторое юридическое выраженіе [1030]); съ IV вѣка законодательство регламентировало колонатъ, какъ особый институтъ, и въ концѣ концовъ колоны явились, какъ «крестьяне, прикрѣпленные къ землѣ, за пользованіе которою они платятъ извѣстный оброкъ или арендную плату землевладѣльцу. По своему личному положенію, это люди полусвободные; ими нельзя располагать, какъ рабами, но и они не могутъ располагать собою, какъ свободные люди. Колонъ прикрѣпленъ къ своей землѣ навсегда со всѣмъ потомствомъ и входитъ какъ бы частью или органомъ въ высшее живое недѣлимое — въ хозяйство земельнаго участка; самимъ господамъ запрещается переводить колоновъ съ одного участка на другой, если при этомъ уменьшается аграрное и, посредственно, фискальное значеніе перваго участка. Помѣщикамъ былъ порученъ сборъ податей съ колоновъ и наблюденіе за тѣмъ, чтобы отбывались натуральныя повинности, а также извѣстная дисциплинарная власть». Впрочемъ личное и имущественное положеніе не всѣхъ колоновъ было одинаково.

[1030]) Напр., *Dig.* 30. 1 fr. 112.

XXIII.

Искусственное воззрѣніе на право [1031]).

§ 262. Высокое умственное развитіе императорской юриспруденціи сказалось въ томъ, что она выработала искусственное или условное воззрѣніе на право. Это воззрѣніе имѣло техническое значеніе, облегчая юристу быстрое разрѣшеніе юридическихъ казусовъ; оно исходило изъ того предположенія, что для юриста каждое отношеніе (право) имѣетъ значеніе лишь настолько, насколько оно защищено юридическимъ образомъ.

Установленіе права.

1. Каждое право состоитъ изъ отношеній защищаемаго (правоваго) и защищающихъ (юридическихъ). Первоначальная юриспруденція признавала право установленнымъ лишь съ установленіемъ отношеній обоего рода: установленіе правомочій должно было совпадать съ установленіемъ фактическаго господства. Отсюда требованіе — чтобы вещь находилась на лицо при передачѣ права на нее; права на вещь пріобрѣтались чрезъ полученіе самой вещи (манципація, цессія, традиція). Противоположно этому воззрѣніе императорской юриспруденціи. За моментъ установленія *всего права* оно принимаетъ моментъ установленія юридическихъ отношеній. Права въ чужой вещи (сервитуты, залогъ, суперфиціесъ, эмфитевзисъ) установлялись простымъ соглашеніемъ. Для пріобрѣтенія права собственности было необходимо овладѣніе самою

1031) Болѣе подробное изложеніе того же предмета см. Муромцевъ, *Опредѣленіе права*, §§ 36—49.

вещью, но актъ овладѣнія толковался довольно свободно — уже юристами I вѣка [1032]). Слѣдуя этимъ юристамъ, владѣніе наслѣдствомъ пріобрѣтается въ моментъ декрета претора (стр. 348). При передачѣ вещи (традиціи) не было нужды — касаться движимостей или вступать въ предѣлы недвижимости; передающему было достаточно, выразивъ свою волю на передачу, показать передаваемый земельный участокъ и т. п. (такъ-называемая traditio longa manu). Складъ движимыхъ вещей передавался чрезъ врученіе ключей въ виду самого склада; когда вещь находится уже у кого-либо въ держаніи (стр. 568), то достаточно простаго соглашенія для того, чтобы передать ему ее въ собственность (такъ-называемая traditio brevi manu). По императорской конституціи 210 г. [1033]), передача документа, закрѣплявшаго раба, приравнивалась къ передачѣ самого раба.

Преемство въ правахъ.

2. Отношеніе и, стало быть, право не есть какой-либо конкретный предметъ, который можно было бы передавать изъ рукъ въ руки. Смотря на дѣло реально, древніе юристы не знали *передачи* права. Манципація и цессія въ квиритскомъ правѣ представлялись какъ односторонніе акты захвата: прежній собственникъ отказывался открыто или молча отъ своего права, а новый устанавливалъ на вещь свое самостоятельное право (стр. 58, 151). Когда позднѣе образовался переводъ права и долговъ по обязательству (стр. 308—311), его различныя формы представлялись или какъ одностороннее пріобрѣтеніе, или какъ новація. Новація была уже искусственнымъ, условнымъ понятіемъ, которое, не отвѣчая дѣйствительности, обладало техническимъ значеніемъ. Понятіе *передачи* права и вмѣстѣ съ тѣмъ *преемства* въ правахъ (successio) возникло, повидимому, въ практикѣ традиціи и распространилось въ практику манципаціи и цессіи; постепенно и незамѣтно измѣнилось прежнее воззрѣніе на эти акты и замѣнилось новымъ. Не надо думать, что идея преемства не

1032) См. *Dig.* 39. 2 fr. 15 § 32 (Лабеонъ); *Dig.* 41. 2 fr. 51 (Лабеонъ); *Dig.* 12. 1 fr. 9 § 9 (Нерва и Прокулъ); *Dig.* 41. 2 fr. 1 § 21 (Яволенъ); *Dig.* 41. 2 fr. 18 § 2 (Цельзъ).

1033) *Cod.* 8. 53 fr. 1.

прилагалась къ владѣнію. Прямо это нигдѣ не утверждается въ источникахъ; между тѣмъ, въ практикѣ интердикта utrubi, который былъ обусловленъ продолжительностью владѣнія (стр. 555) владѣніе каждаго лица признавалось за продолженіе владѣнія его предшественника. Точно такъ же, когда институтъ давности стали примѣнять въ провинціи, причемъ сроки пріобрѣтенія были расширены (для пріобрѣтенія движимостей—3 года, недвижимостей — 10 и 20 лѣтъ), тогда къ владѣнію каждаго пріобрѣтателя присчитывалось владѣніе его предшественника (accessio possessionis).

Преемство въ обязательствахъ.

§ 263. Что касается до обязательства, то стипуляціонный переводъ въ связи съ судебнымъ переводомъ представлялъ достаточно широкую почву, на которой рано или поздно должна была выработаться идея передачи. Потомъ сюда прибавились и другіе важные случаи. Такъ, при императорѣ Августѣ получилъ юридическую силу фидеикомиссъ, т.-е. просьба наслѣдодателя, обращенная къ наслѣднику о томъ, чтобы этотъ послѣдній передалъ кому-либо другому часть или все наслѣдство (стр. 522). Итакъ, въ случаѣ такого фидеикомисса наслѣдникъ (heres) долженъ былъ передать наслѣдство лицу, указанному фидеикоммисомъ,—фидеикоммиссарію. Наслѣдникъ по закону могъ исполнить это въ формѣ in iure cessio (стр. 153), наслѣдникъ по завѣщанію могъ употребить только косвенный путь. Косвенный путь состоялъ въ томъ, что наслѣдникъ какъ будто бы продавалъ наслѣдство фидеикоммиссарію. Но продажа не переносила на фидеикоммиссарія свойствъ наслѣдника; наслѣдникъ по прежнему оставался наслѣдникомъ (какъ при traditio rei mancipi квиритскій собственикъ оставался собственникомъ, стр. 440) и потому обязанъ былъ отвѣчать по всѣмъ долгамъ умершаго наслѣдодателя, покупщикъ же не могъ воспользоваться его кредиторскими правами. Въ виду такого неудобства наслѣдникъ и покупщикъ обмѣнивались стипуляціями: первый обѣщалъ второму возвратить все, что онъ получитъ, въ качествѣ наслѣдника, а второй обѣщалъ вознаградить его за все то, что онъ могъ бы уплатить, какъ наслѣдникъ. Кромѣ того покупщикъ получалъ право искать съ должниковъ наслѣдства, дѣйствуя какъ бы проку-

роръ или когниторъ наслѣдника [1034]). Наконецъ въ 62 г. по Р. Х. былъ изданъ сенатусъ консультъ (sc. Trebelleianum) [1035]), который предоставилъ фидеикоммиссарію иски противъ должниковъ наслѣдственной массы и заставилъ его отвѣчать по искамъ кредиторовъ этой массы. Напротивъ иски наслѣдниковъ и противъ него устремлялись посредствомъ эксцепціи. Такимъ образомъ съ момента перевода наслѣдства на фидеикоммиссарія, этотъ послѣдній вступаетъ вполнѣ въ положеніе наслѣдника: ему передаются не отдѣльные предметы, а все наслѣдство (hereditas), онъ становится собственникомъ вещей, принадлежащихъ къ наслѣдственной массѣ (хотя бы не получилъ владѣнія ими [1036]), и кредиторомъ всѣхъ должниковъ ея, даже по такъ-называемымъ естественнымъ обязательствамъ [1037]); въ судѣ фидеикоммиссарій дѣйствуетъ какъ наслѣдникъ (ficto se herede). Переводъ наслѣдства есть дѣйствительная передача всѣхъ правъ и обязательствъ; Павелъ [1038]) прямо называетъ его преемствомъ (successio) [1039]).

Измѣненіе, происшедшее въ положеніи фидеикоммиссарія, повторилось вскорѣ относительно того, кто покупалъ съ торговъ имущество неоплатнаго должника (bonorum emptor, стр. 295). Сначала такой покупщикъ могъ дѣйствовать предъ судомъ только какъ прокураторъ того лица, чье имущество онъ пріобрѣталъ (a. Rutiliana); потомъ онъ получилъ право вступать въ судъ ficto se herede (a. Serviana, стр. 296) [1040]).

Такимъ образомъ въ двухъ случаяхъ выразилась ясно идея *передачи* правъ по обязательствамъ. Новый кредиторъ К', занималъ здѣсь положеніе прежняго, К, и выступалъ въ судѣ

[1034]) *Gai* II. 252

[1035]) *Gai.* II. 253; *Dig.* 36. 1.

[1036]) *Dig.* 36. 1 fr. 63.

[1037]) *Dig.* 36. 1 fr. 40. 64.

[1038]) 36. 1 fr. 39.

[1039]) Впослѣдствіи дѣйствіе изложеннаго сенатусконсульта было нѣсколько ограничено вслѣдствіе побочныхъ соображеній, именно — въ видахъ распространенія Фальцидіева закона на фидеикоммиссы (sc. Pegasianum и др.); подробности не представляютъ особаго интереса.

[1040]) На стр. 296 слѣдуетъ исправить неточность; на строкѣ 9 вмѣсто словъ „Въ концѣ республики“ надо читать „въ I в. имперіи.

отъ своего имени; передача совершалась по волѣ К и К′ и не спрашивалось согласія должника; положеніе этого послѣдняго относительно К′, оставалось такимъ, какимъ оно было относительно К.

Юристы признавали, что право по обязательству можетъ быть предметомъ залога. Напр., К. долженъ нѣчто К′ и въ обезпеченіе этого долга закладываетъ К′ то, что ему самому (К) долженъ Д, т. е. обязательство К′ — К обезпечивается обязательствомъ К—Д. Если К окажется предъ К′ неисправнымъ плательщикомъ, то К′ получаетъ a. in factum для взысканія отъ своего имени съ Д того, что Д долженъ К Стало быть, права К оказываются переданными К′. Актъ залога содержалъ въ себѣ условную передачу кредиторскаго права К.

Имп. Антонинъ Пій (ок. 150 г.) сравнялъ положеніе всякаго покупщика наслѣдства съ положеніемъ фидеикоммиссарія [1041]. Раньше этого юристы допускали то же самое въ нѣкоторыхъ частныхъ случаяхъ, напр., при покупкѣ наслѣдства, доставшагося казнѣ [1042].—Такимъ образомъ кредиторскія права наслѣдника передавались покупщику, который дѣйствовалъ въ судѣ отъ своего имени (a. utiles).

Въ 260 году такое же юридическое положеніе получилъ покупщикъ какого-либо права по обязательству (emptor nominis) [1043].

Въ 294 г. оно сообщается тому, кто пріобрѣтаетъ кредиторское право отъ легатарія [1044]; напр., наслѣдодатель отказываетъ К то, что ему долженъ Д, а К передаетъ право, полученное такимъ образомъ, К′.

Въ томъ же году то же положеніе пріобрѣтаетъ тотъ, кто получаетъ кредиторское право въ уплату по обязательству (datio in solutum [1045]); напр., К долженъ нѣчто К′ и въ

1041) *Dig.* 2. 14 fr. 16 pr.
1042) *Dig.* 5. 3 fr. 54 pr.
1043) *Cod.* 4. 39 fr. 7.
1044) *Cod.* 6. 37 fr. 18.
1045) *Cod.* 4. 15 fr. 5.

уплату этого долга уступаетъ кредитору свое требованіе, которое онъ имѣетъ противъ Д.

Юстиніанъ [1046]) допускаетъ передачу права по обязательству въ даръ.

Такъ постепенно распространился институтъ передачи правъ по обязательствамъ. Для дѣйствительности передачи (cessio) не требовалось ничего кромѣ взаимнаго соглашенія (nudus consensus) цедента К и цессіонарія К'. Римскіе юристы впрочемъ не рѣшались назвать этотъ актъ передачей обязательства (cessio *obligationis*), а называли его передачей или уступкой иска (cessio *actionis*), но такая терминологія не препятствовала имъ видѣть институтъ въ надлежащемъ свѣтѣ. — Гай, послѣ того какъ онъ оканчиваетъ перечисленіе тѣхъ случаевъ, въ которыхъ употреблялась манципація и цессія, замѣчаетъ: «къ обязательствамъ не примѣняется ни одна изъ этихъ формъ» [1047]). Ошибочно было бы толковать эти слова въ томъ смыслѣ, что Гай вовсе отрицаетъ для обязательства возможность ихъ передачи. Какъ легко видѣть по контексту, такое толкованіе несогласно съ точнымъ смысломъ сказаннаго Гаемъ; онъ отрицаетъ только примѣнимость манципаціонной и виндикаціонной формъ къ обязательствамъ.

По совершеніи цессіи пріобрѣтатель (цессіонарій), во избѣжаніе всякихъ недоразумѣній долженъ былъ увѣдомить должника о происшедшей смѣнѣ кредитора [1048]); иначе могло случиться, что должникъ, не зная ничего о цессіи, платилъ свой долгъ прежнему кредитору и тѣмъ освобождалъ себя отъ всякой отвѣтственности передъ новымъ [1049]).

По совершеніи цессіи пріобрѣтатель (цессіонарій) становился вполнѣ въ юридическое положеніе первоначальнаго кре-

---

[1046]) *Cod.* 8. 54 fr. 33.

[1047]) *Gai.* II. 38: Obligationes quoquo modo contractae nihil *eorum* (т.-е. формъ, описанныхъ Гаемъ передъ этимъ: манципація, цессія), recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferentur, id efficere possum.

[1048]) *Cod.* 8. 17 fr. 4.

[1049]) *Dig.* 2. 15 fr. 17.

дитора (цедента). Цессіонарій пріобрѣталъ всѣ управомочія цедента и былъ отвѣтственъ по всѣмъ возраженіямъ (хотя бы личнаго свойства), которыя имѣли мѣсто противъ этого послѣдняго, но не могъ воспользоваться своими личными привиллегіями. Только по нѣкоторымъ, второстепеннымъ пунктамъ, благодаря консерватизму, юристы не допускали вполнѣ всѣхъ послѣдствій преемства.

Наконецъ, что касается до перевода *долговъ*, то онъ ограничивался вышеописанными тремя формами (стр. 310), изъ которыхъ первая вышла съ теченіемъ времени изъ употребленія, а третья могла имѣть лишь исключительное значеніе. Мы видѣли, что по первоначальной мысли юристовъ, эти формы не представляли настоящаго преемства; однако новая идея получила потомъ такое вліяніе, что современникъ Гая Марцеллъ (ок. 160 г.) называетъ стипуляціонный переводъ долга преемствомъ (successio) [1050]).

Универсальное преемство.

§ 264. Нѣсколько сложнѣе долженъ былъ быть процессъ историческаго развитія понятія преемства при наслѣдованіи. Преемство правъ и обязательствъ при наслѣдованіи представляетъ ту особенность, что совершается не моментально, какъ другіе случаи преемства, но растягивается на болѣе или менѣе продолжительное время. Въ этотъ періодъ смерть уже похитила у правъ ихъ прежняго обладателя, а иной обладатель еще не принялъ ихъ. Подъ hereditas iacens разумѣется состояніе наслѣдства, — совокупности правъ и обязательствъ умершаго, въ періодѣ между его смертью и принятіемъ наслѣдства наслѣдникомъ. Источники сохранили самыя любопытныя указанія на постепенное образованіе у римскихъ юристовъ обоихъ понятій: преемства при наслѣдованіи (successio in universum ius defuncti) и hereditas iacens.

Понятно, что ихъ развитіе должно было идти рука объ руку: ясное представленіе объ универсальномъ преемствѣ невозможно безъ соотвѣтствующаго представленія о природѣ hereditas jacens. Пока юристъ не пришелъ къ заключенію, что наслѣдственныя права существуютъ сами по себѣ, безъ субъ-

---

1050) *Dig.* 13. 5 fr. 24.

екта, во весь періодъ hereditas iacens, до тѣхъ поръ онъ не могъ представить съ полною ясностью, какимъ образомъ наслѣдникъ принимаетъ именно права наслѣдодателя, продолжая его юридическую личность.

Должно думать, что во время Лабеона воззрѣніе на наслѣдованіе, какъ на преемство, если и существовало, то было плохо выяснено именно благодаря тому обстоятельству, что среди юристовъ не составилось опредѣленнаго мнѣнія о положеніи hereditas iacens. Нѣкто, А., умираетъ, оставляя своимъ наслѣдникомъ сына, который находится еще въ утробѣ матери. Послѣ смерти наслѣдодателя, но до рожденія наслѣдника какое-либо другое лицо назначаетъ своимъ наслѣдникомъ раба, который принадлежитъ къ наслѣдству, оставшемуся послѣ А. Спрашивается, дѣйствительно-ли такое назначеніе? Лабеонъ отвѣчаетъ на вопросъ утвердительно, разсуждая, по свидѣтельству Яволена, слѣдующимъ образомъ: «рабъ, который принадлежитъ къ наслѣдственной массѣ (servus hereditarius), можетъ быть назначаемъ наслѣдникомъ прежде, нежели наслѣдникъ вступитъ въ наслѣдство, не смотря на то, что во время составленія завѣщанія рабъ былъ ни чей» [1051]). Это выраженіе «ни чей» (quamvis servus nullius sit), конечно, весьма двусмысленно. Можетъ быть, по Лабеону, наслѣдственныя отношенія совсѣмъ не существуютъ; можетъ быть, они существуютъ не смотря на то, что отсутствуетъ субъектъ. Въ первомъ случаѣ, юристъ близокъ къ истинѣ, но не силенъ въ условно-техническомъ воззрѣніи; во второмъ — наоборотъ. Въ другомъ мѣстѣ тотъ же Лабеонъ отвѣчаетъ утвердительно на вопросъ: возникнетъ-ли обязанность платить неустойку въ томъ случаѣ, если просрочка, которую неустойка обусловлена, падаетъ на время, когда наслѣдодатель умеръ, а наслѣдникъ еще не вступилъ въ наслѣдство [1052]). Изъ утвердительнаго отвѣта Лабеона мы должны заключить, что онъ признаетъ существованіе наслѣдственныхъ отношеній безъ субъекта, а, слѣдовательно, и преемство.—Однако еще позд-

[1051]) *Dig.* 28. 5 fr. 65.
[1052]) *Dig.* 22 2 fr. 9.

нѣе, во время Сабина и Кассія, многіе юристы (и, какъ увидимъ мы, ученики того же Лабеона) плохо усвоиваютъ это воззрѣніе. Между прочимъ Сабинъ [1053]) излагаетъ такой случай: завѣщаніемъ на наслѣдника возлагается условный легатъ; онъ вступаетъ въ наслѣдство, установляетъ поручителей въ исправномъ исполненіи легата и умираетъ раньше, чѣмъ осуществилось условіе. Послѣ его смерти, но до вступленія въ наслѣдство его наслѣдника, условіе осуществляется. Легатарій получаетъ такимъ образомъ право требованія по легату, которое онъ и предъявляетъ къ поручителямъ; но поручители, ссылаясь на то, что должникъ, за котораго они ручались, умеръ, наслѣдниковъ же его еще нѣтъ на лицо, отказываются отъ уплаты. Сабинъ не признаетъ этого отказа и полагаетъ, что легатарію должно дать искъ противъ поручителей, quare omnimodo dare oportere. Это мѣсто Сабина представляетъ двоякій интересъ. Вопервыхъ, мы видимъ, что въ его время еще существовало воззрѣніе (вложенное Сабиномъ въ уста поручителей), которое какъ бы признавало, что наслѣдственныя отношенія въ періодѣ hereditas iacens не существуютъ, которое, слѣдовательно, какъ бы вовсе не знало еще того взгляда, что наслѣдованіе есть преемство. Вовторыхъ, самъ Сабинъ, хотя и оспариваетъ вышеозначенное воззрѣніе, однако укрѣпляетъ свое сужденіе не на какомъ-либо юридическомъ опредѣленіи, а просто на практическомъ соображеніи: «вѣдь во всякомъ случаѣ надо же исполнить легатъ»! Сабину ясна практическая цѣль, которую надо достигнуть, но онъ не выработалъ никакихъ техническихъ средствъ къ ея осуществленію. — Опредѣленнѣе положеніе этого предмета въ контраверзѣ Прокула и Кассія, о которой намъ передаетъ Гай [1054]). «Спрашивается», говоритъ Гай, «можетъ-ли рабъ, принадлежащій къ наслѣдственному имуществу, стипулировать въ пользу будущаго наслѣдника? Прокулъ отрицаетъ это, потому что въ то время наслѣдникъ—лицо постороннее. Напротивъ Кассій отвѣчаетъ на вопросъ утвердительно, ибо

[1053]) *Dig.* 36. 3 fr. 10.

[1054]) *Dig.* 45. 3 fr. 28 § 4.

тотъ, кто потомъ сдѣлается наслѣдникомъ, считается преемникомъ умершаго, начиная съ момента его смерти». Итакъ, Кассій, послѣдователь Сабина по школѣ, уже выработалъ понятіе о наслѣдованіи, какъ преемствѣ; напротивъ Прокулъ, представитель другой школы, держится еще стараго воззрѣнія. Сабиніанцы опередили въ этомъ пунктѣ прокуліанцевъ.— Въ согласіи со взглядами своей школы, Помпоній [1055]) утверждалъ, что можно принимать и подтверждать чей-либо долгъ (constitutum debiti alieni), когда самъ должникъ умеръ, а его наслѣдникъ еще не вступилъ въ наслѣдство. Стало-быть, по Помпонію, наслѣдственныя отношенія существуютъ безъ объекта (должника), если они могутъ быть предметомъ constitutum. Гай одобряетъ вышеприведенное сужденіе Кассія. Тѣмъ не менѣе Папиніанъ спотыкается на случаѣ, который весьма сходенъ съ вышеприведеннымъ случаемъ Сабина; Папиніанъ произноситъ рѣшеніе, противорѣчащее Сабину [1056]). Но, несмотря на это противорѣчіе, изъ словъ Папиніана все-таки видно, что онъ стѣсняется только особенностями даннаго случая; вообще же онъ не прочь признать существованіе правъ безъ субъекта [1057]). Яволенъ [1058]) прямо утверждаетъ слѣдующее: существуетъ большое отличіе раба, который принадлежитъ къ наслѣдственной массѣ (servus hereditarius), отъ раба, который брошенъ своимъ хозяиномъ (s. derelictus), потому что первый подчиненъ наслѣдственному праву: нельзя назвать брошеннымъ того, на кого распространяется дѣйствіе этого права.

Къ этому объектированію наслѣдственныхъ правъ (и обязанностей) присоединилось потомъ олицетвореніе. Hereditas iacens представлялось какъ особое юридическое лицо. Въ этомъ олицетвореніи выразилась та полезная, въ условномъ смыслѣ, идея, что надо допустить существованіе правъ безъ субъекта;

1055) *Dig.* 13. 5 fr. 11 pr.

1056) *Dig.* 36. 3 fr. 5 pr.

1057) Ср. его слова: fideiussores interim teneri negavi, quia *neque ius neque persona* esset, ad quam verba stipulationis derigi possint.

1058) *Dig.* 45. 3. fr. 36.

но самое олицетвореніе было совершенно излишне, ибо оно ничего не прибавляло къ этой идеѣ.

Представительство.

§ 265. Практика заключенія сдѣлокъ чрезъ рабовъ, повліявъ на гражданскій оборотъ между полноправными гражданами, дала новый толчокъ искусственному воззрѣнію. Съ конца республики рабъ, а за нимъ подвластный сынъ сталъ главнымъ органомъ своего господина въ гражданскомъ оборотѣ (ср. стр. 449, 429); это отразилось въ постановленіяхъ эдикта. Кто, по указанію самого господина (iussum, стр. 317) вступалъ въ сдѣлку съ его рабомъ или сыномъ, тотъ имѣлъ a. quod iussu [1059]) противъ господина; этотъ послѣдній несъ полную отвѣтственность по такой сдѣлкѣ. Рабамъ, а потомъ и сыновьямъ, господа поручали завѣдываніе различными промышленными заведеніями, напр., таверной; самое положеніе такого завѣдующаго (institor) склоняло третьихъ лицъ вступать съ нимъ въ разныя сдѣлки. Господинъ былъ объявленъ отвѣтственнымъ по всѣмъ сдѣлкамъ своего institor'а, насколько онѣ не выходили изъ круга его вѣдомства. Отвѣтственность господина осуществлялась искомъ, который назывался a. institoria [1060]) и былъ уже извѣстенъ въ концѣ VII в. u. c. во время Марцелла (ок. 160 г.) онъ давался также господину для осуществленія его требованій къ третьему лицу, вступившему въ сдѣлку съ institor'омъ. Господинъ, который желалъ ограничить свою отвѣтственность, долженъ былъ выставить въ надлежащемъ мѣстѣ объявленіе, въ которомъ опредѣлялъ полномочія своего institor'а (ср. стр. 392). Совершенно такія же отношенія были признаны между хозяиномъ корабля (exercitor navis), шкиперомъ - рабомъ (magister navis) и третьими лицами, вступившими съ этимъ послѣднимъ въ сдѣлку. Они регулировались искомъ, который назывался a. exercitoria [1061]) и также былъ извѣстенъ въ концѣ VII в. Мало по малу въ положеніи завѣдующихъ заведеніями и шкиперовъ стали появляться свободныя и полноправныя лица и

1059) *Dig.* 15. 4.
1060) *Dig.* 14. 3; *Cod.* 4. 25.
1061) *Dig.* 14. 1; *Cod.* 4. 25.

на нихъ распространилось дѣйствіе обоихъ описанныхъ исковъ. Такимъ образомъ совершилось юридическое признаніе *представительства*. Въ представительствѣ одно полноправное лицо замѣщаетъ (§ 134) собою другое полноправное лицо, но такъ, что дѣйствія замѣстителя (представителя) признаются юридически дѣйствіями замѣщеннаго (представляемаго) и потому помимо всякихъ посредствующихъ актовъ (ср. стр. 315) представляемый ipso iure пріобрѣтаетъ права и отвѣтствуетъ по дѣйствіямъ своего представителя, который, въ свою очередь, дѣйствуетъ *открыто* не отъ своего, но *отъ чужаго имени*.— Постепенно точка зрѣнія представительства была приложена къ разнообразнымъ отношеніямъ по замѣстительству, путемъ распространенія a. institoria и другихъ исковъ по аналогіи. Какъ кажется, Папиніану [1062]), принадлежала въ этомъ случаѣ главная иниціатива. Понятіе представительства было приложено къ общей прокуратурѣ (pr. omnium rerum, стр. 313), такъ что по дѣйствіямъ прокуратора сталъ отвѣчать непосредственно его довѣритель (a. quasi-institoria). Далѣе въ III стол. отношенія по мандату (стр. 315) также трактовались какъ представительство [1063]); a. institoria и здѣсь послужила прототипомъ.—Изъ всего сказаннаго видно, что въ гражданскомъ оборотѣ всѣ главнѣйшія и наиболѣе употребительныя формы замѣстительства стали трактоваться какъ представительство.

Въ судопроизводствѣ представительство не достигло такого полнаго развитія. Для того, чтобы процессуальное замѣстительство стало представительствомъ, требовалось, чтобы искъ (или отвѣтъ по иску) замѣстителя погашалъ *самъ собою* право (или долгъ) довѣрителя. Такъ издавна было при когнитурѣ (стр. 314); путемъ упрощенія торжественной формулы когнитуры (стр. 312) ее сблизили съ прокуратурой и наконецъ къ прокуратурѣ примѣнили тотъ порядокъ погашенія права (или долга) довѣрителя, который соблюдали при когнитурѣ [1064]).

[1062]) Ср. *Dig.* 17. 1 fr. 10 § 5; 19. 1 fr. 13 § 25; 14. 3 fr. 19.
[1063]) *Cod.* 4. 25 l. 5 (294 г.).
[1064]) *Dig.* 5. 1 fr. 56 (Ульп.).

Далѣе требовалось еще, чтобы сила судебнаго рѣшенія по дѣлу, которое велъ прокураторъ, само собою распространялась на довѣрителя; повидимому такой порядокъ установленъ не былъ и, стало-быть, судебное замѣстительство не стало вполнѣ представительствомъ. Однако съ самою идеею представительства въ процессѣ («alieno nomine agere») юристы освоились настолько, что называли представительствомъ даже тѣ исключительные случаи замѣны одного лица другимъ, которые существовали еще въ старомъ процессѣ и на самомъ дѣлѣ имѣли другое значеніе (см. стр. 81) [1065].

[1065]) *Gai.* IV. 80; *Inst.* 4. 10 pr.

XXIV.

Прекращеніе развитія.

§ 266. Разладъ юриспруденціи и жизни (стр. 460, 461) не могъ продолжаться очень долго; мало-по-малу жизнь, расшатанная въ ея основахъ и ослабѣвшая въ своей энергіи, повліяла подавляющимъ образомъ на самую юриспруденцію; къ тому же императоры преслѣдовали все, что въ этой послѣдней выдавалось какою-либо самостоятельностью. III столѣтіе было временемъ политическаго гоненія на юристовъ. Потомъ отношеніе къ нимъ власти вновь стало измѣняться къ лучшему, и это обстоятельство повліяло благотворно на школьное преподаваніе права и на учебную литературу его: съ IV вѣка учебная литература получила новое развитіе, которое опиралось главнымъ образомъ на труды Гая (Фиттингъ). Но было уже невозможно воскресить погасшее юридическое творчество. Лучшія силы отстранились отъ судебно-правовой дѣятельности, лучшіе умы обратились въ область религіозныхъ споровъ. III столѣтіе обозначило собою послѣдній предѣлъ живаго развитія права въ Римѣ. Въ промежуткѣ времени между Павломъ, Ульпіаномъ и Модестиномъ (стр. 481), съ одной стороны, и имп. Юстиніаномъ (нач. VI стол.) съ другой, встрѣчаются еще немногія императорскія постановленія[1066])

[1066]) Таковы императорскія постановленія о дареніи (стр. 399, 400), о порядкѣ наслѣдованія (стр. 411—413), объ обязательной наслѣдственной долѣ (стр. 413—415); имп. постановленія касательно пекулія дѣтей (стр. 430), отеческой власти (стр. 431, 432) и опеки (стр. 427, 429), далѣе — касательно языка сдѣлокъ (стр. 531) и вообще способа ихъ

и практическія нововведенія [1067]), на которыя мы вправѣ смотрѣть какъ на продолженіе предшествующаго движенія, однако общее состояніе права указывало всѣми своими признаками на то, что оно близилось къ омертвѣнію. Личный составъ юристовъ, адвокатовъ, судей ухудшался въ качественномъ отношеніи; дурныя стороны сложившагося порядка развивались, хорошія стороны его ослаблялись. Посредственности овладѣли судебною практикою, изъ искусства юриспруденція стала простымъ ремесломъ, въ дѣятеляхъ его исчезъ живой интересъ къ своему дѣлу. Рѣчи адвокатовъ перешли въ пустословіе, діалектика замѣнила собою анализъ жизненныхъ явленій. Свобода судьи,—разнообразіе источниковъ, изъ которыхъ онъ черпалъ свое вдохновеніе,—сдѣлалась причиною судебнаго произвола.—Правительство въ рядѣ мѣръ стремилось подавить этотъ произволъ; несомнѣнно, что оно успѣло убить въ концѣ всякое проявленіе самостоятельной юридической мысли, но трудно сказать, въ какой степени удалось ему достигнуть своей непосредственной цѣли. Наиболѣе рѣшительная мѣра состояла въ преобразованіи гражданскаго судопроизводства; оно послѣдовало при имп. Діоклетіанѣ, въ связи съ общимъ преобразованіемъ управленія имперіей. Раздѣленіе суда на ius и iudicium было отмѣнено; правительственный чиновникъ призванъ былъ исполнять обѣ функціи, которыя прежде распредѣлялись обыкновенно между преторомъ и присяжнымъ судьею. Контестація иска окончательно потеряла свое прежнее значеніе и означала собою не болѣе какъ моментъ процесса. Письменное производство дѣла вытѣснило собою устное производство.—Однако и эта рѣшительная мѣра не спасла суда отъ произвола, дѣйствительнаго или кажущагося. Въ 316 году Константинъ объявилъ, что интерпретація (interpretatio) права, т.-е. преобразованіе его путемъ

совершенія (стр. 472, 530, 604), также—касательно ошибки (стр. 601) или симулированныхъ сдѣлокъ (стр. 604). Ср. еще постановленія объ ограниченіи обязательствъ (стр. 631), о правахъ по сосѣдству (стр. 634), о правоспособности юридическихъ лицъ (стр. 656).

[1067]) Какъ, напр., преобразованіе стипуляціи въ письменный контрактъ (стр. 531).

казуальнаго творчества принадлежитъ только императору[1068])
Въ 426 г. имп. Валентіанъ III ограничилъ ius respondendi четырьмя, давно умершими юристами: Папиніаномъ, Ульпіаномъ, Павломъ и Модестиномъ, пріобщивъ къ нимъ пятаго, Гая (ср. стр. 481) [1069]): судья лишь тогда долженъ былъ основать свое рѣшеніе на мнѣніи юриста, когда оно принадлежало одному изъ пяти вышеназванныхъ или, по крайней мѣрѣ, приводилось въ ихъ сочиненіяхъ. При разногласіи мнѣній, споръ разрѣшался большинствомъ голосовъ, при равенствѣ этихъ послѣднихъ—мнѣніемъ Папиніана; когда же и у этого послѣдняго не отыскивалось надлежащаго отвѣта, то предоставлялась свобода собственному усмотрѣнію судьи.— Широкая власть карать и миловать, обсуждая дѣло по совѣсти, не гармонировала съ новымъ характеромъ суда. Неоднократно законодательство строгимъ тономъ указывало судьямъ ихъ обязанность — не потакать виновнымъ [1070]), Юстиніанъ же нашелъ за нужное опредѣлить даже maximum денежной оцѣнки иска (duplum) [1071]); область примѣненія этой послѣдней мѣры осталась впрочемъ не ясною.— Послѣдніе остатки творчества гасли въ такихъ условіяхъ; только въ третейскомъ судѣ жили еще черты прежняго порядка. Разрозненныя императорскія постановленія не въ силахъ были оживить право, и то, что̀ подъ перомъ юристовъ являлось когда-то какъ выраженіе извѣстнаго идеализма, въ императорскихъ постановленіяхъ звучало лишь напыщенною фразою. Оставалось увѣковѣчить труды предшествующихъ поколѣній, собравъ ихъ въ одно цѣлое, и эту цѣль стремились достигнуть кодификаціи Ѳеодосія II (стр. 9) и Юстиніана (стр. 7).

1068) *Cod.* 1. 14 l. 1.

1069) *Cod. Theod.* 1. 4 l. 3.

1070) *Cod. Theod.* 9. 10 l. 4 § 1 (390 г.); 16. 5 l. 65 (428 г.); *Nov.* 82 c. 10 (539 г.).

1071) *Cod.* 7. 47 l. 1:.... Sancimus in omnibus casibus, *qui certam habent quantitatem vel naturam*, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere; ср. и остальное.

Хронологическій указатель.

Годы.		События политической исторіи.	Личности.	Исторія права.
Отъ основанія Рима.	до Рожд. Хр.			
244	510	Изгнаніе царей; консулатъ.		
260	494	Первая сецессія плебеевъ; трибунатъ.		
267	487		Спурій Кассій, консулъ.	
292	462		Терентилій Арса, трибунъ.	Первое предложеніе объ изданіи законовъ.
302	452			Назначеніе децемвировъ для составленія законовъ.
303	451			Первыя X таблицъ законовъ.
304	450			Таблицы XI и XII.
309	445			Lex Canuleia.
311	443	Учрежденіе цензоровъ.		
364	390	Нашествіе Галловъ.		
388	366			Законы Лицинія Столона. Учрежденіе городскаго претора.
399	355			Lex Duilia Maenia о %.
402	352			Lex Marcia de foenore.
409	345			Законъ о %; курульные эдилы преслѣдуютъ ростовщиковъ.
411	343			Lex Genucia о %.
416	338	Часть Латинянъ получаетъ гражданство.		

Годы.		События политической исторіи.	Личности.	Исторія права.
Отъ основанія Рима.	до Рожд. Хр.			
428 или 441	426 или 313			Lex Poetelia (?).
442	312		Аппій Клавдій—цензоръ.	
447	307		Аппій Клавдій—консулъ.	
450	304			Кней Флавій обнародываетъ календарь и формулы.
454	300			Lex Ogulnia.
458	296			Курульскіе эдилы преслѣдуютъ ростовщиковъ.
465	289	Tres viri capitales.		Lex Papiria (?).
467	287			Lex Aquilia (?).
479	275	Пораженіе Пирра при Беневентѣ.		
490	264	1-я пуническ. война.		
499	255	Пораженіе при Тунисѣ (А. Регулъ).		
502	252		Тиберій Корунканій—понтифъ.	
507	247			Преторъ перегриновъ (?).
509	245		Тиберій Корунканій †.	
510	244			Lex Silia.
513	241	Окончаніе 1-й пунической войны.		Lex Calpurnia (?).
519	235			Lex Publilia (?) о вольноотпущ.
520	234		Маркъ Порцій Катонъ род.	
536	218	2-я пуническ. война.		
538	216	Пораженіе при Каннахъ.		
550	204			Lex Cincia de donis
553	201	Окончаніе 2-й пунической войны.		

Годы.		События политической исторіи.	Личности.	Исторія права.
Отъ основанія Рима.	до Рожд. Хр.			
554	200		Секстъ Элій Петъ эдилъ.	
555	199		М. П. Катонъ эдилъ. С. Э. Петъ консулъ.	
556	198		М. П. Катонъ преторъ.	
559	195		М. П. Катонъ консулъ.	
560	194		С. Э. Петъ цензоръ.	
561	193			Курульскіе эдилы преслѣдуютъ ростовщиковъ.
565	189			Lex Atilia (?).
570	184		М. П. Катонъ цензоръ. Плавтъ †.	Lex Plaetoria (?).
571	183			Lex Furia testamentaria.
585	169			Lex Voconia.
587	167	Завоеваніе Македоніи и отмѣна имущественнаго налога съ гражданъ.		
605	149		Маній Манилій консулъ. М. П. Катонъ †.	
608	146	Взятіе Коринфа Мумміемъ и Карфагена П. Корн. Сципіономъ.		
613	141		П. М. Сцевола народный трибунъ.	
621	133		П. М. Сцевола консулъ. Тиберій Гракхъ, нар. трибунъ †.	
623	131		П. М. Сцевола понтифъ.	
631	123		Кай Гракхъ, нар. трибунъ.	

Годы.		События политической истории.	Личности.	История права.
Отъ основанія Рима.	до Рожд. Хр.			
638	116		Варронъ род.	
643	111		Рутилій Руфъ преторъ.	
653	101			ЗавѣщаніеПублиція Маллеолы.
659	95		К. Муцій Сцевола консулъ.	
664	90	Начало союзнической войны.		
665	89			Lex Plautia de vi·
666	88	Окончаніе ея.		Всѣ Латиняне получаютъ гражданство.
670	84		К. М. Сцевола понтифъ.	
672—675	82—79	Сулла, dictator perpetuus.	К. М. Сцевола †.	
673	81		Рѣчь Цицерона за Квинтія.	Leges Corneliae.
680	74			Эдиктъ о metus.
684	70		Октавій преторъ.	Lex Aurelia.
687	67	Помпей уничтожаетъ пиратовъ.		Lex Cornelia объ эдиктѣ.
688	66			Процессъ всадника Клуэнція.
691	63		М. Т. Цицеронъ консулъ.	
703	51		Сервій Сульп. Руфъ консулъ.	
704	50		Лабеонъ род. (?).	
705	49			Lex Rubria de Gallia cisalpina.
709	45	Юлій Цезарь, диктаторъ.		
710	44	Смерть его.		Lex Iulia de aere alieno.

Годы.		События политической исторіи.	Личности.	Исторія права.
Отъ основанія Рима.	до Рожд. Хр.			
711	43		Цицеронъ †.	
714	40			Lex Falcidia.
725	29	Окт. Августъ императоръ.		
727	27		Варронъ †.	
	по Рожд. Хр.			
	4			Lex Aelia Sentia.
	8			Lex Fufia Caninia.
	9			Lex Iulia et Papia Poppaea.
	14—37	Тиберій Клавдій, имп.	Массурій Сабинъ.	
	15		Лабеонъ †.	
	19			Lex Iunia Norbana
	21		Капитонъ †.	
	30		Кассій Лонгинъ, консулъ.	
	33		Кокцей Нерва †.	
	41—54	Клавдій имп.	Прокулъ.	
	45			Lex Claudia объ опекѣ надъ женщинами
	46			Sc. Velleianum.
	47			Lex Claudia о больныхъ рабахъ.
	52			Sc. Claudianum.
	54—68	Неронъ имп.	Нерва сынъ	
	61			Lex Petronia.
	62			Sc. Trebellianum.
	64			Sc. Neronianum.
	69—79	Веспасіанъ имп.	Пегасъ, Ц. Сабинъ, Педій.	Sc. Macedonianum.
	75			Sc. Pegasianum.
	81—96	Домиціанъ имп.	Фронтинъ землемѣр.	
	98—117	Траянъ имп.	Ю. Цельзъ отецъ, Нерацій.	
			Яволенъ Прискъ.	
	117—138	Адріанъ имп.	Юліанъ, Африканъ.	

Годы. по Рожд. Хр.	Событія политической исторіи.	Личности.	Исторія права.
121			Sc. ad legem Petroniam.
131			Edictum perpetuum.
138—161	Антонинъ Пій имп.	Марцеллъ, Помпоній.	Sc. Tertullianum.
161—180	Маркъ Аврелій.	Гай, Цервидій Сцевола.	Decretum divi Marci
178			Sc. Orfitianum.
193—211	Септимій Северъ имп.	Тертуліанъ, Папиніанъ.	
212—217	Каракалла имп.	Трифонинъ, Каллстратъ	
212		Папиніанъ †.	Lex Antoniana.
222—235	Александръ Северъ имп.	Павелъ.	
228		Ульпіанъ †.	
235—238	Максимъ имп.	Марціанъ.	
238—244	Гордіанъ III, имп.	Мацеръ, Модестинъ.	
284—305	Діоклетіанъ имп.		Постановл. о laesio enormis.
323—337	Константинъ В. имп.		
438			Codex Theodosianus.
	Анастасій имп.		
527—565	Юстиніанъ имп.	Трибоніанъ († 545 г.).	

АЛФАВИТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ.

Примѣчаніе. Числа обозначаютъ страницы книги.

20 г